Die materielle Eheungültigkeit im deutschen und schweizerischen internationalen Privatrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Berlin

vorgelegt von

Günther Plaut

Tag der Promotion: 25. 7. 34.

1935.

Risse-Verlag, Inh. Rolf Risse, Dresden-A. 24, Kaitzer Str. 22

283

Referent: Prof. Hans Lewald
Korreferent: Prof. Martin Wolff

Meinen Eltern in Liebe und Verehrung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Diese Dissertation erscheint gleichzeitig als Broschüre im Risse-Verlag, Inh. Rolf Risse, Dresden-A. 24, Kaitzer Str. 22.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Erster Teil: Rechtsvergleichende Übersicht.

§ 1. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.
I. Nichtehe S. 6; II. Vernichtbare Ehe S. 11; nichtige Ehe S. 12; anfechtbare Ehe S. 15.

§ 2. Ungültigkeit u. Auflösung.
Vorbemerkung: Auflösung der Ehe S. 17.
Rechtsformenverhältnis: bei Nichtigkeit S. 18.
bei Anfechtbarkeit S. 19

Zweiter Teil: Deutsches IPR (Art. 13 I EGBGB).
Einleitung: Prozessuale Vorfragen.
Konstitutives und deklaratorisches Urteil S. 22.
internationale Zuständigkeit (Lit.-Übers.) S. 24.

Erster Abschnitt: Der Inhalt der Kollisionsnormen.

§ 3. Art. 13 I. S. 25.
Zweiter Abschnitt: Anwendung.

§ 4. Gleiches Heimatrecht. S. 27.

§ 5. Verschiedene Heimatrechte.
Praktische Beispiele S. 30; Begrenztheit der Hindernisse S. 33;
Anhang: Die Begrenzung der wichtigsten Eheverbote Hindernisse des Ehebandes S. 37, religiöser Art S. 41, der körperlichen Gebrechen S. 44, der Verwandtschaft S. 45, des Ehebruchs S. 46.

§ 6. Anfechtbare Ehe.
Praktische Beispiele S. 47.

§ 7. Entscheidungsrecht bei Kumulation verschiedener Wirkungen.
Nichtehe — — — nichtige Ehe S. 49.
nichtige Ehe — — — nichtige Ehe S. 50.
nichtige Ehe — — — anfechtbare Ehe S. 50.
anfechtbare Ehe — — — anfechtbare Ehe S. 52.

§ 8 Wirkungsrecht. S. 52.
Dritter Abschnitt: Regelwidrige Fälle.

§ 9. Rückverweisung und Weiterverweisung.
Rückverweisung S. 56; Weiterverweisung S. 57.

§ 10. Ordre public.
Allgemeines S. 57; Haag. Abk. S. 58; prakt. Beispiele S. 59.

§ 11. Statutenwechsel.
Grundsätze S. 64; Fraudulöse Anknüpfung S. 66.
Anhang: Art. 13 II S. 68.

Dritter Teil: Schweizerisches IPR (Art. 7c I u. 7f NAG).

Erster Abschnitt: Systematik.

§ 12. Die bisherige Auslegung der Kollisionsnormen S. 69.

§ 13. Das System. S. 71.

§ 14. Dogmatische und praktische Begründung.
Geltungsbereich der Art. 7c und 7f I S. 72.
Geltungsbereich der Art. 7f II S. 76.
Verweisung S. 77. Länderübersicht S. 78.
Ordre public S. 80.

Zweiter Abschnitt.

§ 15. Das Heimatprinzip. S. 80.

§ 16. Das Territorialprinzip.
Art. 7f I S. 82; Art. 7f II S. 83. Umgehungsklausel S. 84.

§ 17. Ordre public.
Milderes Inlandsrecht S. 86; strengeres Inlandsrecht S. 87.

§ 18. Matrimonium non existens. S. 88.

Vierter Teil: Haager Konv. Recht.
Vorbemerkung: Die Vertragsstaaten. S. 89.

Erster Abschnitt: Anwendungsgebiet.

§ 19. Auslegung des Art. 8.
Herrschende Lehre der Theorie S. 90.
Lehre von Buzzati S. 91; Art. 8 II S. 94.

Zweiter Abschnitt: Inhalt der Normen.

§ 20. Art. 1. S. 94.

§ 21. Willensmängel. S. 97.

§ 22. Regelwidrige Fälle.
Verweisung S. 99; Gesetzesumgehung S. 100;
ordre public S. 100.

Literaturverzeichnis und Abkürzungen. S. 104.

Einleitung.

Wir behandeln im folgenden nur die materiellrechtliche, nicht auch die formellrechtliche Gültigkeit der Ehe. Es erhebt sich hier die Frage, was dem Form- und was dem Sacherfordernis zuzurechnen ist. Zur Beantwortung wäre eine eingehende rechtsvergleichende Qualifikation notwendig. Aber diese kann hier unterbleiben. Denn wir setzen bei allen folgenden Erörterungen voraus, daß der Eheschließungsakt in allen dem entspricht, was die Heimatrechte der Eheleute, die lex loci celebrationis sowie die lex fori dem Formerfordernis zurechnen.[1]) Die darüber hinausgehenden Mängel der Ehe sind dann jedenfalls materiellrechtlich. Von ihrer ipr Bedeutung in Deutschland und in der Schweiz wird die Rede sein.

Voranzuschicken ist aber eine rechtsvergleichende Betrachtung darüber, welche Ungültigkeitsfolgen die mangelhaften Ehen überhaupt haben. Nur dann wird eine ipr klare Verwendung der Begriffe Nichtehe, nichtige Ehe, anfechtbare Ehe gewährleistet sein. Daran anschließend ist vergleichend zu untersuchen, ob eine Ehevernichtung noch möglich ist, wenn die Ehe bereits aufgelöst ist. Damit sind die Voraussetzungen für eine ipr Darstellung gegeben.[2])

Erster Teil.

Rechtsvergleichende Übersicht.

§ 1.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Bei der Betrachtung der hauptsächlichsten Rechtsordnungen der Welt erkennt man hinsichtlich der Ungültigkeit des Eheschließungsaktes zwei verschiedene Bewertungen: entweder man sagt, der Akt sei schlechthin ungültig, oder aber er sei gültig bis zum Hinzutritt eines neuen Aktes der ihn endgültig zum ungültigen macht. Das ist in der Mehrzahl der Fälle die gerichtliche Nichtigkeitserklärung, ausnahmsweise aber auch die Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Tod. Alle im folgenden herangezogenen Rechte kennen die zweite Art der Ungültigkeit der Ehe, vor allem also die Notwendigkeit eines gerichtlichen Urteils, sei es lediglich zur Geltendmachung der Nichtigkeit gegenüber Dritten, sei es, um überhaupt erst eine Vernichtung

[1]) Über die allgemeinen Qualifikationsfragen hinsichtlich der lex fori siehe Melchior 142/43, 143 A. 3 mit Lit.; Raape B. IV 1 zu Art. 11 (S. 174) und Einl. B V.

[2]) Wegen der Ungültigkeitsgründe in den einzelnen Rechtsordnungen kann auf die ländermäßig geordneten Texte bei Bergmann verwiesen werden; die Systematik der Ehehindernisse befindet sich im Rvgl. HWB. 2. Bd. unter „Ehehindernisse".

herbeizuführen. Über diesen Punkt geben die Ehegesetze meist positive Vorschriften. Dagegen bleibt vielfach unklar, ob es auch schlechthin ungültige Ehen gibt, die auch ohne gerichtliches Urteil ein Nullum sind und Dritten gegenüber unbeschränkt geltend gemacht werden können. Von dieser Gruppe soll zuerst gesprochen werden, da hier der Nichtigkeitsbegriff weiter gefaßt ist.

I. Nichtehe (matrimonium non existens).

1. Im deutschen Recht ist es zweifellos, daß die §§ 1324/1317 gemäß 1329 BGB einen Fall der Nichtehe darstellen. Sind die wesentlichen Formen des § 1317 verletzt, waren etwa beide Nupturienten nicht persönlich anwesend, und ist die Ehe nicht ins Heiratsregister eingetragen worden, so ist sie gar nicht mit dem Namen Ehe zu belegen.[3]) Das Verhältnis kann demnach keinerlei Wirkungen einer sonstigen gültigen Ehe hervorbringen. So kann es keine Klage auf Vernichtung der Ehe geben, denn es geht aus dem Wesen eines absolut nichtigen Aktes hervor, daß er nicht noch vernichtet werden kann.[4]) Hier bleiben die besondere Ehefeststellungsklage, ZPO §§ 606 folg., sowie die gewöhnliche Feststellungsklage. Die Nichtigkeit kann von jedem unbeschränkt, auch einwendungsweise geltend gemacht werden (BGB § 1344 II).

Die von Franke[5]) aufgestellte Ansicht, auch die Nichtehe sei scheidbar, ist bei genauerer Betrachtung kein Zweifeln an den Grundsätzen des Wesens einer Nichtehe. Franke wollte vielmehr beweisen, daß das BGB den Begriff der Nichtehe überhaupt nicht kenne und er stützte sich dabei auf die Motive. Der Streit ging also um die Auslegung des BGB, nicht um die Wertung der Ehenichtigkeit. Indessen hat Menge[6]) Franke treffend widerlegt, und ihm ist mit Recht die gesamte Lit. gefolgt, sodaß die Kontroverse heute ohne Interesse ist. Die formelle Nichtehe ist dem deutschen Recht also bekannt. Im weiteren Sinne ist übrigens auch die vernichtete Ehe als Nichtehe anzusehen.

Allgemein wird nun auch das Vorliegen der Nichtehe auf den Fall ausgedehnt, daß die Nupturienten gleiches Geschlecht haben. Inwieweit es zutreffend ist, diesen Satz ohne Einschränkung zu gebrauchen, soll später noch anhand des französischen Rechts näher untersucht werden; in dieser Uneingeschränktheit ist er jedenfalls kaum richtig.

2. Die verwandten Rechtsordnungen haben die gleichen Grundsätze wie das deutsche Recht: sowohl die schweizerische wie die österreichische Wissenschaft kennen eine Nichtehe mit den gleichen Wirkungen wie das deutsche Recht. In der Schweiz hält Gmür[7])

---

[3]) Vgl. dazu Henle, Nicht-Ehe, ein Beitrag zu den Grundbegriffen des deutschen bürgerlichen Eherechts 1915; ferner Sauer 171 f.

[4]) Eine vereinzelte, völlig abweichende Auffassung der Nichtehe erwähnt Frankenstein III 179 A. 2 aus dem türkischen Recht.

[5]) Die uneingetragene Ehe nichtigen Abschlusses, Arch. ZP 101, 420 ff.

[6]) Die Lehre von der Nichtehe, Arch. ZP 102, 460 ff.

[7]) Vorbem. zum vierten Abschnitt N. 5 (S. 118).

bei gleichgeschlechtlicher Verbindung die Nichtehe für gegeben, sonst werden die praktisch wichtigen Mängel der Form, wie die Gewissensehe, die Eheschließung vor einem Geistlichen oder einem Konsularbeamten auf schweizerischem Gebiet erwähnt.[8]) In Österreich werden hier besonders die katholischen Salzburger Ehen genannt.[9]) Streitig ist aber, ob auch Konsensmangel eine Nichtehe zur Folge hat.

Das deutsche Recht kann kaum herangezogen werden, denn hier wird man, soweit auch die Erklärungen auseinanderfallen, also nicht nur Irrtum vorliegt, wohl Verletzung der Formen des § 1317 BGB annehmen müssen, da § 1329 sonst keine Möglichkeit läßt, die Ehe, wenn sie eingetragen ist, zu vernichten. Der gesamte Fragenkomplex ist am eingehendsten in Frankreich behandelt worden.

3. Die französische Wissenschaft hat als Grundsatz für die Nichtigkeitsuntersuchungen den Satz aufgestellt: „Pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expressément".[10]) Davon aber machte man, auf einem Ausspruch Bonapartes fussend, drei Ausnahmen (sog. klassische Theorie): auch ohne Text liege eine nichtige Ehe und zwar ein mariage inexistant vor bei

1. défaut absolu de consentement.

Hierbei stützte man sich hauptsächlich auf cc 146: „Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement", obwohl diese Bestimmung nicht unter den Vorschriften über die Nichtigkeit steht und auch sonst ihre Bedeutung zweifelhaft ist. So nahm noch Zachariae[11]) und ihm folgend Beauchet[12]) an, daß die bei Geisteskrankheit und Bewußtlosigkeit (z. B. höchster Trunkenheit) eines Teils geschlossene Ehe eine Nichtehe sei.

2. identité de sexe,

3. défaut de forme oder incompétence du célébrant.

Den größten Teil des vorigen Jahrhunderts hindurch war die klassische Theorie unbestritten. Um die Jahrhundertwende aber hat man sich, wohl infolge zweier sich widersprechender Urteile[13]), intensiv mit der klassischen Lehre auseinandergesetzt. Zur Abänderung und Klarstellung des cc in dieser Frage wurde eine Kommission gebildet; vgl. den außerordentlich eingehenden Vortrag von Saleilles.[14]) Die Gesetzesänderung unterblieb zwar, die Bedenken aber gegen die klassische Theorie setzten sich durch.

Man machte geltend: wenn auf Feststellung des Nichtbestandes geklagt wird, wirkt das Urteil nur inter partes. Die Wirkung eines solchen Urteils wäre also geringer als bei der Nullitätsklage. Die Möglichkeit außergerichtlicher Geltendmachung führt leicht zu bigamischen Ehen.

---

[8]) Egger, Vorb. zu Art. 119 N. 3 (S. 55); Tuor S. 132.

[9]) Vergl. z. B. Klang-Lenhoff VI zu Art. 47 (S. 388); LG Nürnberg 18. 7. 32. BayZ 1933, 135.

[10]) Planiol-R. II 245 S. 196.

[11]) Zachariae-Crome, Handb. des franz. Ziv. R. III 1895, § 421, Anm. 1—3, S. 7/8.

[12]) 284, Anm. 2.

[13]) Vgl. Roguin I, 120, S. 160 ff.

[14]) Im Bul. SocEtudLégisl. 1911, 351 ff.

Die Wohltaten der Putativehe können auch bei gutem Glauben nicht zur Anwendung kommen.

Dennoch fragt Planiol:[15]) „S'ensuit-il que la théorie des mariages inexistants doive être complètement rejetée?" und fährt fort, „Nous ne le croyons pas, et nous pensons seulement, qu'elle doit être restreinte en des limites très étroites où elle conserve ses utilités et son intérêt. Il y a inexistance du mariage lorsqu' on se trouve en présence d'un état tellement éloigné du mariage par sa nature qu'il ne présente même pas une apparance de mariage." Sobald irgend welche Zweifel vorhanden sind, liegt keine Nichtehe sondern nur nichtige Ehe vor. Beim Fehlen des consentement wird also Nichtehe überhaupt abgelehnt. Die gleichen Grundsätze werden im dänischen[16]) und schwedischen Recht[17]) befolgt; ebenso wie im kongreßpolnischen[18]); ferner überhaupt im französischen Rechtskreis[19]).

3 a). Das kanonische Recht geht davon aus, daß ein kirchlicher Akt zunächst den Schein der Rechtsgültigkeit für sich hat. Eine „nichtige" Ehe ist zwar ihrer sakramentalen Natur nach ein nullum, sie ist es aber nicht in juristischer Hinsicht. Das kanonische Recht kennt das Nichtigkeitsurteil, und dieses ist überall da erforderlich, wo unter Mitwirkung der Kirche ein Verhältnis zustandegekommen ist, das äußerlich als Ehe anzusprechen ist. Die Vermutung der Rechtmäßigkeit kirchlicher Akte geht nach kirchlichem Recht weiter als die entsprechende Vermutung im weltlichen Recht. Eine Nichtehe, d. h. eine „Ehe", bei der beide Gatten willkürlich auseinandergehen können und zwar ohne jedes Urteil, gibt es nach kanonischer Auffassung nicht.[20])

Dem scheint sich das spanische Recht angeschlossen zu haben. Unter den Nichtigkeitsgründen zählt es in Art. 104 Nr. 4 codigo civil auch die Inkompetenz des die Ehe abschließenden Beamten auf.

Dazu kommt noch folgendes. Bei nichtigen Ehen gab es früher in Spanien eine Popularklage. Seit dem königlichen Dekret vom 6. 10. 88. und dem ihm hierin folgenden Codigo civil ist die Popularklage abgeschafft worden. Damit hat sich das spanische Recht von

---

[15]) Planiol, a. a. O.

[16]) LL IV 1 736 (Munch-Petersen).

[17]) LL IV 1 638 (Bjoerling).

[18]) LL IV 1 412 (Ostrowicz).

[19]) Für Italien bei: Baisini LL IV (1904), 362. In Rumänien gehen Theorie und Praxis verschiedene Wege. Die Theorie beruft sich auf codul civ. 129: ohne Einwilligung keine Ehe (vgl. a. cc. franç. 146). Als materielle Gründe zur Nichtehe werden angeführt: Die Heirat zwischen Personen gleichen Geschlechts und zwischen solchen, die falsche Namen angegeben haben. Die Nichtehe ist unheilbar ungültig und ohne jede Folgen, während die „absolut nichtige" Ehe u. U. heilen kann (so bei fehlendem Alter und bei Schwängerung der nicht heiratsfähigen Frau) vgl. Plastara, Cours de drept civil (1927), S. 237 — 39. Die Judikatur dagegen lehnt es ab, in solchen Fällen statt von absoluter Nichtigkeit, von Nichtehe zu sprechen. Ist ein Rechtsschein da, so bedarf er der Beseitigung durch ein Urteil. (Ich verdanke diese Angaben Herrn R.A. Raoul Visan).

[20]) Saegmüller II, 220/1 mit weiterer Literatur.

einer Auffassung der nichtigen Ehe, die einer „Nichtehe" zumindestens praktisch sehr nahe kam, abgewendet.[21])

4. Zu sehr klaren Grundsätzen ist das englische common law gekommen. Zwei Gruppen werden getrennt: void und voidable marriage; „void" ist die Ehe wegen gewisser Mängel, die die Gesellschaft oder die öffentliche Wohlfahrt berühren, sog. civil impedements, (frühere Ehe, Mangel an Alter, Geisteskrankheit und lunacy sowie violation of statutary provisions relating to marriage, also etwa schwere Formmängel). Das also, was der deutschen Nichtehe entspricht, ist hier void marriage. Definiert wird sie:[22]) „one which is good for no legal purpose. Either party may disregard it, and enter into a contract of marriage with another person without incurring the penalties of bigamy." Dieser Rechtszustand besteht etwa seit 1835. Shelford sagte bereits[23]): „No sentence of avoidance is necessary." Es sind genau die Wirkungen der deutschen und französischen Nichtehe, was insbesondere die scharfe Definition von Eversley-Craies zum Ausdruck bringt: „Die Ungültigkeit eines void marriage mag in irgend einem Prozeß geltend gemacht werden, vor irgend einem Gericht zwischen irgend welchen Parteien, zu Lebzeiten oder nach dem Tode der vermeintlichen Ehegatten, sei es als Prozeßziel oder inzidenter."

Das Ergebnis zeigt einen erheblich weiteren Kreis der Nichtehe als im deutschen und französischen Rechtsgebiet.

5. Wesentlich unklarer ist die Lage des amerikanischen Rechts. Grundsätzlich allerdings bestehen meist gleiche Regelsätze, wie sich aus einem New-Yorker Urteil ergibt: „A voidable marriage differs from a void marriage in that it may be afterwards ratified by the parties and become valid and usually is treated as a valid marriage until it is decreed void. A. voidable marriage is treated as a valid marriage until it is annulled[24])."

Große Verschiedenheit wird durch die Fülle der einzelstaatlichen Ehegesetze hervorgerufen. Ebenso besteht eine Verschiedenheit der Bedeutung der Ausdrücke void und voidable, die häufig Ehen treffen, die nach unseren Rechtsbegriffen nur scheidbar sind. Andererseits wollen wieder manche amerikanischen Staaten mit Scheidungsurteilen Wirkungen erzielen wie andere mit Nichtigkeitsurteilen. Im einzelnen lassen die Ehegesetze der Staaten zwei Prinzipien erkennen:

a) einzelne z. B. Tennessee[25]), kennen Nichtigkeit nur auf Grund von Urteilen[26]).

b) dagegen kennen nach dem Vorbilde des englischen Rechts die meisten Staaten die Nichtehe (void marriage im englischen Sinn), Nichtigkeit also ohne gerichtliches Urteil, ihre Geltendmachung kann beliebig und durch jeden erfolgen. Die Gründe entsprechen wieder den deutschen Nichtigkeitsgründen. Hier kommen vor: Blutsverwandtschaft, Schwägerschaft, Bigamie, Rassenmischung, Idiotie, Geschlechtskrankheit, Unmündigkeit, lebenslängliche Zucht-

---

[21]) Manresa I zu Art. 102, S. 471.
[22]) Everley-Craies, S. 2.
[23]) S. 482.
[24]) In re Martinez's Estate, 181 NYS 907.
[25]) Vgl. Keezer, 852 S. 643.
[26]) Vgl. Keezer, 166 S. 148; Keßler, passim, z. B. S. 854.

hausstrafe, Gesetzesumgehung durch Heiraten in einem anderen Staat.

5 a). Der ähnlich weite Bereich der Nichtehe in Brasilien im Ges. vom 24. 5. 1890[27]) ist durch das ZGB vom 1. 1. 1916 auf die f o r m nichtige Ehe zurückgeführt worden, vgl. Art. 207 ff.[28]). Art. 208 Satz 2, aus dem scheinbar e contrario das Gegenteil folgt, bezieht sich nur auf eine Eheschließung vor irgend einer Behörde, wenn auch einer unzuständigen[29]). Der Begriff des matrimonium non existens ist gebräuchlich im Gegensatz zur nichtigen und anfechtbaren Ehe[30]).

6. Auch das j a p a n i s c h e Recht kennt — über den Rahmen der Formnichtigkeit hinaus (jap. BGB 778 Z. 2) — bei materiellen Mängeln die Nichtehe. Sie liegt vor, „wenn der Wille, eine Ehe zwischen Ehegatten einzugehen, wegen Verwechselung der Personen oder aus anderen Gründen nicht besteht." (778 Ziff. 1). Diese Ehe wird nichtige Ehe genannt im Gegensatz zur anfechtbaren, die in jeder Hinsicht unserer nichtigen Ehe entspricht. So kann die Anfechtungsklage auch vom Staatsanwalt erhoben werden. Das jap. Recht hat also die Eheungültigkeit mehr als wir entsprechend der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre gestaltet.

7. Nicht ganz klar ist es, ob man auch das n o r w e g i s c h e Recht in die Gruppe derjenigen Rechtsordnungen einzuordnen hat, die den Begriff der Nichtehe aus materiellrechtlichen Gründen kennen. Die Nichtehe wegen formeller Mängel ist allerdings bekannt[31]); es heißt auch in § 74 I des Ehegesetzes vom 15. 5. 1918 von einer Ehe, „daß sie ungültig war oder nicht bestanden hat." Wie aber steht es mit den materiellen Ungültigkeitsgründen? Lundh bemerkt[32]): „die materielle Ungültigkeit, die i m a l l g e m e i n e n durch Urteil festgestellt werden muß, wirkt ex tunc." Welche Ausnahmefälle das Urteil nicht erfordern, sagt er nicht. Aber es scheint wenigstens einen Fall zu geben, nämlich die Nichtigkeit bei Verwandten-Ehen. Das ergibt sich, wenn man die §§ 31, 32 zusammenhält, da in § 32 der § 7 (Verbot der Verwandten-Ehe) nicht wiederholt ist.

8. In einem Falle materiellen Ehemangels kennt auch das u n g a r i s c h e Recht die Nichtehe, nämlich bei körperlichem Zwang zur Eingehung der Ehe. Zwar sagt das Gesetz dies nicht ausdrücklich; da aber die Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe einzeln aufgezählt sind, ohne den körperlichen Zwang — im Gegensatz zum seelischen — zu erwähnen, andererseits aber auch hier die Ehe nicht gültig bleiben kann, so wird gefolgert, daß daraufhin Nichtehe eintritt[33]).

9. Andere europäische Rechte weisen Besonderheiten gegenüber dem deutschen und französischen System kaum auf. Völlig abweichend

---

[27]) Siehe Octavio, Le mariage au Brésil, Rev. Inst. Dr. comp. III (1910), 421.

[28]) Siehe Heinsheimer Ziv. Ges. Geg. III, 1928.

[29]) Daselbst, Anm. zu 208.

[30]) Bevilaqua, CC Annotado, 6 Bd. 1916 — 24. Art. 208, N. 1.

[31]) LL IV 1 S. 703 (Lundh).

[32]) a. a. O., S. 704.

[33]) Almási, S. 255.

ist allerdings das sowjet-russische Recht[34]): insbesondere nach dem Ehegesetz von 1926. Da die faktische Ehe anerkannt wird, hat man auch über Ehenichtigkeit und Eheanfechtung keine Bestimmungen getroffen. Eine ungültigkeitsklage gibt es nicht[35]). Es gibt nur Registrierhindernisse, und diese haben nur die Wirkung, welche aufschiebende Ehehindernisse in bürgerlichen Staaten haben. Man kann daher sagen, daß eine Ehe überhaupt nie nichtig ist, selbst dann nicht, wenn ihr ein Registrierhindernis im Wege steht[36]). Die Eheschließung ist ein privater Vorgang, in den sich der Staat nicht hineinmischt. Die Auflösung der Ehe erfolgt ebenfalls grundsätzlich durch einen privaten Akt, schon durch die faktische Aufhebung der Ehe[37]). Kann man also weder von Nichtigkeit noch von Anfechtbarkeit sprechen, und gibt es daher für sie auch keine Klagen, so erweist sich auch der Begriff Nichtehe auf das russische Recht als unanwendbar, da wir ihn nur im Gegensatz zur „nichtigen Ehe" gebrauchen. Vom russischen Recht wird daher fernerhin abgesehen.

10. Das Ergebnis ist also folgendes: Der deutsche und französische Rechtskreis und damit fast alle kontinentalen Rechte behandeln eine „Ehe" d. h. ein auf das rechtliche Vorhandensein deutendes Verhältnis, bei gewissen formellen Mängeln als Nichtehe. Formelle Mängel sind auch das äußerliche Auseinanderfallen der Erklärungen (der eine sagt nein) sowie die Gleichgeschlechtlichkeit der Verlobten[38]).

Dem steht das anglo-amerikanische Recht gegenüber. Hier führen in weitestem Maße materielle Mängel zur Nichtehe. Die nichtige Ehe unseres Gesetzes ist dort unbekannt; „Der Nichtigkeitsbegriff des Vertragsrechtes ist auch der des Eherechts."[39]).

In Sonderfällen bewirken auch außerhalb des anglo-amerikanischen Rechets materielle Mängel ein matrimonium non existens. Erwähnt wurden das japanische, norwegische und ungarische Recht. Im kanonischen und spanischen Recht dagegen liegt bei allen erwähnten Mängeln kein nullum vor, sondern vielmehr ein Rechtsverhältnis, das zu seiner Vernichtung eines gerichtlichen Urteils bedarf.

II. Vernichtbare Ehe.

Nehmen wir den Nichtigkeitsbegriff im weitesten Sinne, so kennt auch das anglo-amerikanische Recht den Unterschied zwischen nichtiger (void) und anfechtbaer (voidable) Ehe. Sehen wir aber von

---

[34]) Zum folgenden Freund in LL IV 1, S. 336, 347/8.

[35]) Über eine abweichende Ansicht: Freund a. a. O., S. 348, A. 13.

[36]) Freund berichtet ein Urteil OGH der RSFSR vom 23. 6. 27, in dem das gleichzeitige Bestehen einer registrierten und einer faktischen Ehe anerkannt wird, a. a. O. 337.

[37]) Freund, a. a. O., S. 349.

[38]) Siehe auch den Erlaß des lettischen Just. Min. v. 5. 11. 31. (LL IV 1, S. 556, Anm. 129), nach welchem solchenfalls die Vernichtung des Registereintrags von amtswegen zu erfolgen hat: denn das Gesetz sehe weder die Scheidung noch die Nichtigerklärung solcher „Ehen" vor, setze also einen solchen Zustand überhaupt nicht ehelichen Beziehungen gleich.

[39]) Kessler, S. 854.

der Nichtehe ab, und nennen wir diejenigen Ehen, die zur Herbeiführung oder zur Geltendmachung ihrer Nichtigkeit noch eines Urteils bedürfen, vernichtbare Ehen,[10]) so unterscheidet der deutsche und französische Rechtskreis hier zwischen anfechtbaren und nichtigen Ehen. Aber verschiedene Rechtsordnungen, darunter natürlich auch die amerikanischen und die englische, kennen nur eine Art von vernichtbaren Ehen. Diese Rechte werden am zweckmäßigsten bei der Betrachtung der Anfechtbarkeit untersucht, denn zumeist ist ihnen die Beschränkung des Rechts auf Geltendmachung der Ungültigkeit gemeinsam. Daher nennt auch das dänische Recht die außerhalb des matrimonium non existens ungültigen Ehen anfechtbar, weil eine weitere Teilung dieser vernichtbaren Ehen nicht gemacht wird.[41]).

A. Nichtige Ehe.

Im allgemeinen kann die Nichtigkeit erst nach einem gerichtlichen Urteil geltend gemacht werden und zwar unabhängig von der weiter unten erwähnten Frage, ob dieses Urteil konstitutiv wirkt und die Ehe vorher gültig war, oder ob es lediglich deklaratorisch ist, und bis dahin die Ehe als gültig fingiert wurde. Denn im allgemeinen wirkt die Nichtigkeitserklärung ex tunc.

1. Vom deutschen Recht sei nur der Streit um das Wesen des Nichtigkeitsurteils erwähnt. Das Reichsgericht entscheidet sich für seinen deklaratorischen Charakter.[42]) Das hängt davon ab, ob man den gewöhnlichen Nichtigkeitsbegriff nur auf das matrimonium non existens oder auch auf die „nichtige" Ehe anwendet. Während aber mit einer Ausnahme in allen anderen hierher gehörigen Rechten das gerichtliche Urteil das einzige Mittel ist, um die Ehe (bei konstitutiver Urteilswirkung) zu vernichten oder (bei deklaratorischer) die Geltendmachung der Nichtigkeit zu ermöglichen, stellt das deutsche Recht in § 1329 BGB den Grundsatz auf, daß die Geltendmachung der Nichtigkeit nach der Auflösung unbeschränkt erfolgen könne — ohne gerichtliches Urteil. Nur ein anderes Recht kennt noch diese Bestimmung, nämlich das ungarische (§ 45 III u. IV des Ges. Art. XXXI v. 1894), das damit zugleich die Rückwirkung der Nichtigkeit ausspricht.

Prozessuales: antragsberechtigt sind die Ehegatten, der Staatsanwalt, bei Bigamie der Gatte aus erster Ehe, Dritte, für die Rechte oder Pflichten von der Nichtigkeit bezw. Gültigkeit der Ehe abhängen.

2. Das österreichische[43]) und das schweizerische Recht kommen dem deutschen insofern sehr nahe, als auch hier bei Verletzung allgemeiner Interessen öffentliche Hindernisse vorliegen. Beiden Rechten ist im Gegensatz zum deutschen gemeinsam, daß die

[40]) Auch Frankenstein betont (III 179/80) die systematische Zusammengehörigkeit von nichtiger und anfechtbarer Ehe (beide von ihm als „angreifbar" bezeichnet). Die gebräuchliche Unterscheidung wird aber im Text beibehalten, da sie nicht lediglich in Deutschland üblich, sondern vielmehr recht verbreitet ist.

[41]) Vgl. Munch-Petersen, LL IV 1, S. 736.

[42]) Siehe Planck IV, S. 58 II 1 b, sowie unten S. 22 A. 91.

[43]) Hinsichtlich des Einflusses kanonischer Rechtsgedanken auf katholische Rechtsordnungen s. v. S. 13 f.

Nichtigkeitsklage immer nötig ist. Bis zur gerichtlichen Nichtigerklärung hat ferner die Ehe die Wirkungen einer gültigen Ehe, siehe ZGB Art. 132 II. Die Ungültigkeitserklärung wirkt nicht zurück; das Urteil ist daher konstitutiv.[44]) Lenhoff[45]) nähert darüber hinaus die ungültigen Ehen den auflösbaren ganz erheblich: „sie bedeuten hier nur eine besondere Art der auflösbaren Ehen. Das Gesetz grenzt nur äußerlich die „Ungültigkeit" stärker ab von der Trennung und Scheidung, die ihr als „wirkliche Aufhebung" gegenübergestellt werden". Ich glaube, daß hier mit Rücksicht auf die Wirkungen der Ungültigkeitserklärungen die Systematik zurückgetreten ist. Folgte man der Lenhoff'schen Ansicht, so würde man bei Nichtigkeitsklagen nach öst. Recht im IPR leicht zu erheblichen Qualifikationszweifeln Anlaß finden. Es ist demgegenüber aber zu bemerken, daß ungültige und geschiedene Ehen dem Grunde nach zu trennen sind: die Ungültigerklärung erfolgt wegen Tatsachen, die zur Zeit der Eheschließung bestanden; später eingetretene Umstände geben den Anlaß zur Scheidung oder Trennung. Die Wirkung beeinflußt diese Qualifikation nicht. Diese Wirkungsangleichung ist übrigens in erheblichem Maße in Norwegen Gesetz geworden (Ehe Ges. § 36): dort hat die Anfechtung grundsätzlich die gleichen Wirkungen wie die Scheidung.[46])

3. Der französische Rechtskreis umfaßt Länder mit vorwiegend katholischer Bevölkerung. Es liegt nahe zu fragen, inwieweit das kanonische Recht auf diese Rechtsordnungen eingewirkt hat. Nach kathol. Auffassung ist die Ehe ein Sakrament. Juristisch muß sich das dahin auswirken, daß die Ehe entweder besteht, d. h. gültig ist, oder nicht besteht, d. h. ungültig ist. Dabei sind Gültigkeit und Ungültigkeit etwas Unbedingtes. Nach kanonischer Auffassung ist es nicht denkbar, daß eine Ehe vernichtbar, aber bis zum Nichtigkeits-Urteil gültig ist.[47]) Dennoch ist es mir sehr zweifelhaft, ob diese Auffassung in den Gesetzen katholischer Länder zum Ausdruck gekommen ist. Es sei beispielsweise auf den spanischen Codigo civil v. 24. 7. 1889, der insoweit auch heute noch Geltung hat, verwiesen. Hier könnte man am ehesten die Wiedergabe kanonischer Grundsätze vermuten. Aber selbst hier ist keine Übereinstimmung vorhanden. In Art. 101 und 102 scheint vielmehr ein Nichtigkeitsbegriff im Sinne der deutsch-französischen Auffassung vorzuliegen. Das geht insbesondere aus Art. 102 III hervor. Dieser Absatz lautet: „Die Klage ist abzuweisen und die Ehe ist rechtsgültig, wenn die Ehegatten 6 Monate seit der Entdeckung des Irrtums, seit Aufhören der Nötigung

---

[44]) Egger, N. 3 zu 132 (S. 72/73); Gmür N. 5 a (S. 142).

[45]) Klang-Lenhoff II zu Art. 93 (606/7).

[46]) Näheres bei Lundh LL IV 1, S. 706.

[47]) Vgl. Haring 471, der die impedimenta dirimentia definiert als „Ehehindernisse im engeren Sinne, deren Vorhandensein eine gültige Ehe gar nicht zustandekommen läßt". Dagegen gleicht nach der Darstellung von Bourbousson die nichtige Ehe in erhebl. Maße der vernichtbaren Ehe: „En outre, l'annulation du mariage entraine la dissolution de la société conjugale de la même manière que si elle était produite par le décès d'un des conjoints ou par divorce". (S. 169, Nr. 873).

und seit Fortfall des Grundes der Furcht oder seit Wiedererlangung der Freiheit zusammengelebt haben und ein Antrag auf Nichtigkeitserklärung nicht gestellt ist". Diese Bestimmung widerspricht kanonischer Auffassung, die an dem Satz festhält: Non firmatur tractu temporis quod de iure ab initio non subsistit.[48]) Das kanonische Recht kennt zwar eine Konvalidation ungültiger Ehen,[49]) aber nicht eine solche durch Zeitablauf.[50])

Den hier erwähnten Fällen entspräche im deutschen Recht die Anfechtbarkeit der Ehe und die Versäumung der Anfechtungsfrist. Gäbe man aber eine solche Parallelstellung zu, so könnte man das Vorhandensein einer Vernichtbarkeitsform selbst im spanischen Recht nicht leugnen.[51])

Während also nach kanonischem Recht das Nichtigkeitsurteil als deklaratorisch zu gelten hat, ist sogar nach spanischem Recht sein Charakter zumindestens zweifelhaft.[52])

4. Gleiche Grundsätze wie das deutsche hat dagegen das französische Recht. Die Nichtigkeitserklärung ist immer nötig, die Wirkung ist ebenfalls dieselbe: „le mariage prend fin à la fois pour l'avenir et dans le passé; la nullité rétroagit".[53])

Über das Wesen des Nichtigkeitsurteils herrscht genau der gleiche lebhafte Streit wie in Deutschland. Die heute herrschende Ansicht betrachtet das Urteil als konstitutiv.[54]) Es wirkt allen gegenüber. Auch in den Motiven zum cc heißt es, daß die Ehe niemals „nul de plein droit" sei, sondern erst durch das Gericht zerstört werden müsse. AA ist z. B. Roguin: „Le juge ne doit pas annuler l'acte, mais se borner à en constater la nullité".[55]) Dies zeigt übrigens, daß die Bemerkung Nußbaums[56]), in Frankreich sei der Unterschied zwischen konstitutivem und deklaratorischem Urteil unbekannt, nicht zutreffend ist.

5. Die Unterscheidung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit kennt ferner noch das norwegische Recht, das sich hier deutlich von dem sonst sehr ähnlichen schwedischen und dänischen unterschei-

---

[48]) Vgl. Eichmann II 83 zu Anm. 3.

[49]) Eichmann II 141 ff.

[50]) Auch c. 1086 § 1 widerspricht dem nicht, da hier der Konsens fingiert wird: Eichmann II 116.

[51]) Vgl. dazu auch ein Urt. des Cour de Justice civile (Genf) v. 20. 5. 32., RabZ 8 (1934), 818. Das Urteil beruht allerdings auf der Anwendung des schweizerischen ordre public.

[52]) Ganz besonders jetzt nach dem neuen spanischen Recht, nach welchem eine Auflösung der Ehe auch dann möglich ist, wenn sie außerdem nichtig ist. Art. 3 Nr. 2, Kap. 1 des Gesetzes vom 2. 3. 32. lautet: (abgedruckt in RabZ 6 (1932), 485) Scheidungsgründe sind: 1. . . . 2. „Doppelehe, unbeschadet der Nichtigkeitsklage, die jeder Gatte anstrengen kann".

[53]) Planiol-R. II 307, S. 241; über abweichende Meinungen daselbst 311, S. 244 ff.

[54]) Vgl. z. B. Tronchet bei Fenet IX, S. 53; Planiol-R. 313, S. 246.; Arrêt von Agen v. 14. 6. 1890.

[55]) a. a. O., N. 120.

[56]) S. 390, Anm. 5.

det. Bigamie ist der reinste Fall der nichtigen Ehe (Verwandtenehe: Nichtehe[57]); hier gilt das gleiche wie nach deutschem Recht (§§ 31/32 Ehegesetz). Es gilt das strenge Rückwirkungsprinzip mit einer bemerkenswerten Milderung bei der Schwägerehe (§ 8) und der Verletzung der Wartezeitvorschriften (§ 10). Hier ist zwar auch ein gerichtliches Urteil nötig, doch hat es nur die Wirkungen der Scheidung.[58])

6. In unserem Sinne werden Anfechtbarkeit und Nichtigkeit auch in Brasilien und Argentinien gebraucht. Die Wirkungen des Urteils hängen von der Gutgläubigkeit der Ehegatten ab; bis zur Nichtigkeitserklärung ist die Ehe gültig (vgl. Art. 87 ff., 84, 85 des arg. Eheges. v. 1888).

Ähnlich ist auch das lettische Recht. Allerdings sieht das Ehegesetz nur einen Anfechtungsgrund vor, wenn nämlich ein Ehegatte unter dem Druck strafbarer Drohungen die Ehe eingegangen ist. Das öffentliche Interesse an der Gültigkeit der Ehe tritt stark in den Vordergrund. Grundsätzlich wirkt die Nichtigkeit zurück.[59])

7. Wo zwischen unbedingt und bedingt ungültigen Ehen geschieden wird, bedeutet das im wesentlichen dasselbe, wie die Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Ehen, so z. B. im Recht des vorrevolutionären Rußland.[60]) Unbedingt ungültig sind unheilbar ungültige Ehen; die bedingt (heilbar) ungültigen entsprechen den Gründen nach unseren anfechtbaren Ehen. Die Ungültigkeitserklärung hebt zwar die Ehe mit rückwirkender Kraft auf;[61]) aber im Ergebnis ähneln ihre Wirkungen ebenfalls denen der Scheidung. Zudem hat die Heiligste Synode im Hinblick auf das für Orthodoxe geltende Verbot auf eine vierte Eheschließung entschieden, daß auch ungültige Ehen in die Zahl der drei geschlossenen mit einzurechnen seien.[62])

B. Anfechtbare Ehe.

1. Für die Anfechtung gilt im wesentlichen dasselbe wie für die Nichtigkeit. Der Unterschied liegt für die vorerwähnten Rechte überall in der Verschiedenheit der verletzten Interessensphären. Planiol formuliert den Unterschied am besten, wenn er sagt:[63]) „Wie für die absolute Nichtigkeit erleidet die allgemeine Nichtigkeitstheorie einige Änderungen bei der relativen Nichtigkeit (d. i. Anfechtung). Diese Besonderheiten ergeben sich aus der Beschränkung der zur Klage befugten Personen und aus der zeitlichen Begrenzung der Klage". Dieser Grundsatz gilt fast ausnahmslos für die angeführten Rechtsordnungen. So kennen die zit. südamerikanischen Gesetze im wesentlichen das Anfechtungsrecht nur der Ehegatten und

---

[57]) Siehe oben S. 10.

[58]) Vgl. dazu Lundh LL IV 1, S. 704.

[59]) Vgl. Berent LL IV 1, S. 557.

[60]) Das in Teilen Polens und der Randstaaten noch heute gilt: vgl. Makarov bei LL IV 1, S. 455.

[61]) LL a. a. O., S. 479; vgl. auch Klibanski, Handb. des ges. russ. Ziv. Rechts zu Art. 37 Bd. X, 1 (Svod Sakonov).

[62]) LL a. a. O., S. 469.

[63]) Nr. 289, S. 229 a. a. O.

Zustimmungsberechtigten, bei Nichtigkeit auch andere Klageberechtigte.[64])

2. Die übrigen Rechtsordnungen, die diese Unterscheidung nicht machen, kennen eine Nichtigkeitsklage auf Grund von Verletzungen, die bei uns zur nichtigen, meist aber zur anfechtbaren Ehe führen würden. Sie wird im folgenden ebenfalls als anfechtbare Ehe bezeichnet.

Das beste Beispiel bieten auch hier die Rechtsordnungen verschiedener Staaten der nordamerikanischen Union. Voidable ist z. B. eine Ehe wegen Bigamie, Konsensmangels, Geisteskrankheit, Verletzung ges. Vorschriften ganz allgemein, Eheschließung von Personen, die in einem öffentlichen Armenhause untergebracht sind etc.; aber alle diese Gründe machen in anderen Staaten wieder die Ehe zur Nichtehe.[65])

Nach englischer Lehre gibt eine anfechtbare Ehe den Parteien ein Wahlrecht, das Verhältnis zwischen sich als bindend oder nichtbindend anzusehen: „A voidable marriage until set aside is valid for all civil purposes, when set aside, it is rendered void from the beginning".[66]) Der Zweck des Verfahrens ist wie in Deutschland darauf gerichtet: „to obtain a sentence declaring the marriage null and void".

Weitgehend gleiche Grundsätze gelten nach italienischem und dänischem Recht. Nichtigkeitserklärung ist notwendig, Anfechtung und Nichtigkeit werden aber nicht geschieden; wohl aber in der Sache insofern, als diese allgemein als anfechtbar bezeichneten Ehen nur auf Antrag entweder eines bestimmten oder aber unbestimmten Personenkreises vernichtet werden können.[67])

Gewisse Verschiedenheiten endlich sind noch bezüglich der Wirkungen der Nichtigerklärung zu finden. So gelten nach den nordischen Rechten[68]) grundsätzlich die Wirkungen der Ehescheidung (wie umgekehrt nach früherem spanischem Recht, cc v. 1870 Art. 72, dies ausnahmsweise galt). Dies ist, wie wir bereits gesehen haben, nichts Besonderes. Vielmehr hat die Anfechtung meistens einen gewissen Ausgleich zwischen den Ehegatten zur Folge, welcher der Scheidung nahekommt; vgl. auch BGB §§ 1345, 1346.

Nur teilweise zu dieser Gruppe gehört das rumänische Recht, das gewissermaßen ein System für sich bildet. Es wird nicht zwischen Anfechtung und Nichtigkeit geschieden, sondern zwischen absoluter, relativer und gemischter Nichtigkeit.

Absolut nichtig sind Ehen, die von jedem zu jeder Zeit angegriffen werden können, relativ nichtig solche, die nur auf Antrag einer bestimmten Person innerhalb bestimmter Zeit zur Vernich-

---

[64]) Brasilien cc 212, 220, Argentinien Eheges. v. 1888 Art. 85 (Siehe aber Ziff. 2, II).

[65]) In Florida wird kein Unterschied gemacht zwischen Anfechtung und Scheidung; vgl. Bergmann III 859.

[66]) Eversley and Craies a. a. O.

[67]) Italienischer CC Art. 104 ff; Baisini, S. 362 f.; Munch-Petersen, S. 736.

[68]) Norwegisches Ehegesetz v. 1918 Art. 36; schwedisches Ehegesetz v. 1920 Kap. X § 4; dänisches Ehegesetz v. 1922 § 45.

tung geführt werden können, und bei gemischter Nichtigkeit kann jeder Interessent (absolut) in begrenzter Zeit (relativ) klagen. Die allgemeinen Grundsätze sind aber die gleichen wie in den meisten anderen Rechten.

3. Wir haben gesehen, daß eine nach deutschem oder schweizerischem Recht anfechtbare Ehe keineswegs auch immer nach anderen Rechtsordnungen anfechtbar ist. Ebenso verhält es sich mit der nichtigen Ehe. Setzt nun eine ausländische Rechtsordnung als Folge des Mangels Ungültigkeit der Ehe fest, so kann es im deutschen Prozeß von Bedeutung werden, ob diese Ungültigkeit Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit ist (vgl. §§ 631 ff. ZPO). Indessen erspart eine Vergleichung dieser international gebräuchlichen Unterscheidung eine Qualifikation. Denn anfechtbar nennen wir die Ehe da, wo lediglich die benachteiligten Privatpersonen die Ungültigkeit geltend machen, nichtig dort, wo dies auch Dritte, vornehmlich der Staatsanwalt, tun können.[69])

Dabei wird wiederum klar, daß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im allgemeinen ihrer systematischen Struktur nach ohne Unterschied sind; vielmehr stellen sie beide verschiedene Grade der Ungültigkeit dar.[70]) Ob wir daher im ipr. Teil Fälle der Anfechtung unter denen der Nichtigkeit und umgekehrt mit behandeln, kann keine Rolle spielen; denn in der Tat kennt weder das deutsche noch das schweizerische IPR eine differenzierte Behandlung von Nichtigkeit und Anfechtung. Wenn wir dennoch die Trennung vornehmen, so ist das nicht konstruktive Methode, sondern dient lediglich der besseren Übersicht in einer beiden Rechten bekannten Gliederung.

§ 2.

Ungültigkeit und Auflösung.

Vorbemerkung: Auflösung der Ehe.

Sie ist kurz zu streifen, bevor von ihrem Verhältnis zu den Nichtigkeitsformen gesprochen werden kann. Wo Scheidung bekannt ist, bilden sie und der Tod die Auflösungsgründe. Als eine für alle Rechte gültige Unterscheidung von Scheidungs- und Nichtigkeitsprozeß kann der Ausspruch eines amerikanischen Gerichts gelten: „Scheidung ist die Lösung des Ehebandes einer gültigen Ehe wegen eines nach der Eheschließung eintretenden Umstandes, während ein Nichtigkeitsprozeß auf dem Grundsatz beruht, daß wegen eines zur Zeit der

[69]) Vgl. Habicht II B 3 zu Art. 13 (S. 104/5); Hellwig, System II S. 9/10, 11; siehe ferner § 592 aCPO.

[70]) Ebenso Klang-Lenhoff II a vor Art. 93 (S. 607), VIII a zu Art. 47 (S. 408): „der letzte Grund für diesen Unterschied liegt wohl in der Stellung eines Ehegesetzes, seiner Auffassung über die sittliche Bedeutung der Ehe. Die Wahrung der Mängel der Einsicht und Freiheit des Entschlusses kann es den Parteien überlassen, die die Rechtsfähigkeit und Zulässigkeit des Aktes selbst treffenden Hindernisse will es von amtswegen beachtet wissen". Vgl. auch Singer GZ 1877, Beiträge zum öst. Eherechte, S. 310.

Eheschließung bestehenden Umstandes eine gültige Ehe nie bestand".[71])

Bei der Betrachtung des Verhältnisses der Nichttigkeit zur Auflösung kann für das vorliegende Thema nur ein Komplex interessieren: ist Vernichtung nach Auflösung möglich? Die Beantwortung dieser Frage hängt für die einzelnen Rechte nicht immer von der Gestaltung der Ehenichtigkeit ab, vielmehr sind häufig die öffentlichen Interessen an der Sanktion der Eheungültigkeitsgründe maßgebend. Diese können hier nicht bis in ihre Einzelheiten verfolgt werden. Ein die Grundzüge bringender Überblick mag daher genügen.

Ohne Inhalt ist die Frage dort, wo eine Nichtigkeitserklärung gar nicht erforderlich ist, also etwa in England, Amerika, sowie in Deutschland bei Nichtehen (void marriages). In Deutschland und Ungarn ersetzt ferner der Tod oder die Scheidung bei einer vernichtbaren Ehe das Nichtigkeitsurteil.[72]) Bei diesen Rechten ist die Fragestellung auf die anfechtbaren (voidable) Ehen beschränkt.

Für USA vgl. Bruns v. Cope 182 Ind. 289, 105 NE 471

Andersson v. Ressor, 265 Mo. 718, 178 SW 175.

Mitunter ist die Möglichkeit der Vernichtung nach der Auflösung auch danach zu beurteilen, ob die Ehe durch Tod oder durch Scheidung aufgelöst wurde.

I. In den Rechten, die zwischen Nichtigkeit und Anfechbarkeit scheiden, gilt bei Umständen, deretwegen bei Lebzeiten der Gatten oder bei Fortbestand der nichtigen (nicht der anfechtbaren) Ehe diese für nichtig hätte erklärt werden können, das folgende:

1. in der Schweiz ist nach der Auflösung die Nichtigerklärung noch möglich. Das ergibt sich aus ZGB Art. 122; nur der Staatsanwalt ist nicht mehr zur Klage befugt. Der Grund dieser Vorschrift ist, daß bei Vorliegen öffentlicher Ehehindernisse das an sich bestehende Interesse an der Vernichtung nach der Auflösung so weit sinkt, daß man das Klagerecht ganz den Privatinteressenten überläßt.[73]) Dasselbe bestimmt der ital. cc 114.

2. Das ABGB geht vom gleichen Grundgedanken aus. Lagen öffentlichrechtliche Hindernisse vor, so ist die Nichtigkeitsklage gemäß dem Hofdekret vom 27. 6. 1837, JGS 208, von amtswegen auf Ersuchen von bestimmten Behörden und besonders ermächtigten Privatpersonen einzuleiten. Von sich aus schreitet der Staatsanwalt nicht mehr ein. Das öffentliche Interesse, das das Dekret damit erfordert, ist daher insoweit nur bei Ersuchen der Antragsberechtigten

---

[71]) Millar v. Millar 175 Cal. 797, 167 Pac. 394. L. R. A. 1918 B 415, Ann. Cas. 1918 E, 184; zitiert bei Keezer 166 (S. 147, Anm. 7).

[72]) Dennoch können sich auch hier im einzelnen noch sehr komplizierte Fragen ergeben, wenn etwa die Ehe aus dem Verschulden des Mannes geschieden wurde, es sich aber herausstellt, daß bezgl. der Nichtigkeit er der unschuldige Teil ist. Vgl. dazu im einzelnen: Ludwig Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht (Nichtigkeitserklärung der Ehe nach Scheidung) 1905. In Ungarn ist übrigens trotz § 45 III/IV die Fortsetzung des Nichtigkeitsprozesses möglich, wenn einer der Gatten während des Prozesses stirbt: Almási, Ung. Priv. Recht I 184, Anm. 4.

[73]) Vgl. Egger, N. 1 z. 122, S. 58.

und nur bei den sogen. impedimenta dirimentia publica gegeben.[74]) Dann allerdings spielt auch der Tod des zweiten Ehegatten keine Rolle mehr.[75])

3. Denselben Grundsatz hat bei empêchements absolus auch das französische Recht, aber ebenfalls mit besonderen Beschränkungen durch Klagregeln.

Für den Staatsanwalt gilt nach h. M. dasselbe, wie nach schweizerischem Recht auf Grund des Art. 190 des code civil,[76]) Angehörige haben zwar allgemein die Interessentenklage (cc 184), aber, um Familienskandale möglichst zu vermeiden, in der Regel nicht bei Lebzeiten beider Gatten (cc 187). Der allgemeine Grundsatz kommt auch zur Anwendung, wenn die Ehe geschieden wurde. Vom Klagrecht als Ehegatte kann allerdings kein Gebrauch mehr gemacht werden,[77]) denn durch die Scheidung ist die Eigenschaft „als Ehegatte" verloren gegangen. Dafür kann er aber unter Umständen mit der allgemeinen Interessentenklage vorgehen (intérêt né et actuel); z. B. bei Unterhaltsansprüchen der unschuldig Geschiedene.[78])

II. In den Grundzügen lassen sich die soeben besprochenen Rechte in ihren Bestimmungen über die Fortdauer der Anfechtungsmöglichkeit und diejenigen, die nur die allgemeine Nichtigkeitsklage kennen, sowie auch die jetzt wieder zu betrachtenden anglo-amerikanischen Rechtsordnungen und das deutsche Recht in zwei Gruppen teilen, welche die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage entweder (völlig oder teilweise) bejahen oder (überhaupt) verneinen.

1. Nach dem BGB bewirkt die Erhebung der Anfechtungsklage, daß die Ehe jetzt auch durch Auflösung vernichtet werden kann. Nur in einem Fall ist Anfechtung nach Auflösung möglich: wenn der zur Anfechtung nicht Berechtigte stirbt (§ 1338). Dann gilt § 1342 I. Stirbt aber der Berechtigte oder wird die Ehe geschieden, so ist die Vernichtung nicht eingetreten und nicht mehr möglich (§ 1338).

Nach schweizerischem Recht ist aus Art. 135 ZGB dasselbe zu entnehmen. Das Anfechtungsrecht ist ein höchstpersönliches; und nur, wenn der Kläger nach der Klagerhebung gestorben ist, können die Erben des Berechtigten die Klage fortsetzen.[79])

---

[74]) Ausführlich hierzu Klang-Lenhoff V B zu 94 (S. 637 ff); ferner Stubenrauch, Comm. z. öst. ABGB 7. A. (1898) I 203, Anm. 1.

[75]) OGH 14. 12. 1915, J-F. Nr. 153; OGH 11. 7. 1923 ZBl 42 (1924), S. 216.

[76]) Nachweise bei Planiol-R. II 288, S. 228, Anm. 1.

[77]) Req. 24. 5. 92, Dalloz, 93, 1, 412; Sirey, 92, 1, 299.

[78]) Planiol-R., a. a. O., 281, Anm. 2.

[79]) Vgl. Egger N. 2 b z. 135. Nur bei Scheidung wird umgekehrt entschieden: Hier ist die Anfechtung immer zuzulassen. Für die Zulassung der Nichtigkeitsklage in weitem Umfang ist dagegen das lettische Recht. § 37 II Eheges., Bergmann II 294, bestimmt: wenn eine Ehe durch den Tod beendigt oder durch Scheidung gelöst ist, steht das Antragsrecht nur den Personen zu, deren Rechte durch diese Ehe verletzt werden.

Dieser Satz ist vornehmlich in Frankreich heftig umstritten. Grundsätzlich besteht auch hier ein höchstpersönliches Klagerecht der Ehegatten. So wird gesagt: „L'action est exclusivement attachée à sa personne. Elle ne passe pas même à ses héritiers". Aber: „Ces derniers conservent toutefois la faculté de suivre l'action en nullité qui aurait été introduite par leur auteur". arg. 330 u. 957 cc.[80]) Actiones quae ... morte pereunt, semel inclusae judicio salve permanent".[81]) Daraus ergibt sich die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage auch nach Auflösung der Ehe. Daher behalten auch diejenigen, welche — anders als die Erben — schon vor der Auflösung ein Bestreitungsrecht hatten, dasselbe weiterhin. Ob Tod oder Scheidung Auflösungsgrund gewesen ist, bleibt gleich.[82]) (vgl. auch cc 188).

Bestritten wird dies von Laurent[83]) und anderen bei Planiol-R. a. a. O. cit. Sie führen an, daß das Ziel dieser Klage kein pekuniäres sei und sich darauf richte, eine Verbindung zu zerstören, in der der Verstorbene freiwillig gelebt hat. Der römische Satz könne nicht übernommen werden, „car elle n'était qu'une conséquence du caractère novatoire de la litis contestatio, et elle est donc sans effet dans notre droit". Dem hält Planiol entgegen, daß dieser Satz den guten Sinn habe, den klar ausgesprochenen Willen des Verstorbenen fortzusetzen. Um das zu verbieten, hätte es einer besonderen Vorschrift bedurft. Hingewiesen wird ferner auf eine Analogie zu cc Art. 330; vgl. ferner Art. 26 des portugiesischen Ehegesetzes von 1910.

2. Nach dem ABGB ist anders zu entscheiden. Da das Ungültigkeitsurteil ohnehin in seinen Wirkungen der Auflösung nahekommt, wird von der herrschenden Lehre und der Praxis die Zulässigkeit der Ungültigkeitserklärung nach Auflösung der Ehe bei Privathindernissen völlig verneint.[84]) Auflösung ist hier der Tod eines Gatten sowie die Trennung des Bandes, nicht aber die (öst.) Scheidung. Wird während des Ungültigkeitsprozesses die Ehe aufgelöst, so wird das Verfahren eingestellt (OGH v. 28. 12. 21 a. a. O.).

Streng ablehnend ist auch das norwegische Recht; Art. 74 I des Eheges. verbietet die Ungültigkeitsklage ganz allgemein nach der Auflösung, sei es durch Tod, sei es durch Scheidung; ebenso, wie schon erwähnt (vgl. oben S. 18 Anm. 72), das ungarische Recht; s. § 49 des Eheges. v. 1894; ebenso ferner für den Fall der Auflösung durch den Tod das argentinische Ehegesetz v. 1888 Art. 86 und grundsätzlich das dänische Ehegesetz § 50.[85]) Soweit noch das

---

[80]) Planiol-R., a. a. O., 292, S. 231.

[81]) L. 139 pr. D de R. J. Hierüber Lit. bei Unger 535, Anm. 7.

[82]) Planiol-R., a. a. O., 305, S. 240; vgl. auch Aubry-Rau-Bartin, Cours de Droit civ. Fr. 5. A. VII § 462, S. 114, Anm. 58. Anders Demolombe, Cours de Code Nap., 4. A., 1869/70, III Nr. 282.

[83]) Principes de droit civ., 5. A. II (1893), 450, S. 575/76.

[84]) OGH III 296 (Nr. 127 Entscheidung v. 28. 12. 21); Klang-Lenhoff V A z. 94 (S. 636/37) das. Anm. 27 u. 27 a weitere Praxis u. Lit., vgl. ferner Krasnopolski-Kofka, öst. Familienrecht 1911, S. 80, Unger, S. 535; Ehrenzweig Syst. d. öst. allg. Priv. Rechts 6. A. II 2 (1924), S. 75 zu Anm. 57.

[85]) Modifikationen bei Munch-Petersen 738, Anm. 56.

vorrevolutionäre russische Recht gilt, läßt sich sogar, im Anschluß an Svod Sakonov XVI Art. 1340, sagen, der Tod heile die Nichtigkeit der Ehe.[86]) Diese Konsequenz der Ablehnung der Nichtigkeitsklage stellt den genauen Gegensatz zum deutschen Recht dar (BGB § 1329).

3. Das englische Recht nimmt eine Mittelstellung ein: es gestattet die Nichtigkeitserklärung nach der Scheidung,[87]) verbietet sie aber nach dem Tode eines Gatten; die Rechtsgültigkeit der Ehe ist dann unangreifbar. Das geht aus verschiedenen einzelnen Entscheidungen hervor.[88])

4. Die amerikanischen Rechte dagegen scheinen die Nichtigkeitserklärung nach der Auflösung überhaupt nicht mehr zuzulassen.[89]) Insoweit heilt also der Tod auch hier die Vernichtbarkeit.

Es zeigt sich also, daß in der Frage des Rechtsformenverhältnisses Nichtigkeit — Auflösung die systematische Struktur der beteiligten Institute nicht ausschlaggebend ist.[90]) Verwandte Rechte entscheiden verschieden; eine Rechts g l e i c h h e i t läßt sich überhaupt kaum finden. Das liegt in den verschiedenen Anschauungen über die unbedingte Durchsetzung der Ehehindernisse, ist also letztlich eine Frage des ordre public interne. Und wie bei allen Entscheidungsfragen des ordre public läßt sich auch hier eine international allgemein gültige Antwort nicht finden.

Zweiter Teil.

D e u t s c h e s I P R (Art. 13 I EGBGB).

E i n l e i t u n g : prozessuale Vorfragen.

Als Koalitionsrecht wollen auch die Vorschriften des EG zwischen den ausländischen und deutschen Sachnormen einen Ausgleich schaffen. Das hat notwendigerweise auch die Anwendung

---

[86]) Vgl. Friedländer, Z. f. vgl. R. Wiss. 41/199.

[87]) Shelford, a. a. O., 485.

[88]) Browns v. Edwards, 2 Ves. 245. A. v. B., L. R. 1 P. 559. P. v. S. 37 L. J., P. 80; s. auch Eversley and Craies a. a. O., S. 3, Goldberg LL IV (1904), S. 517.

[89]) S. die Entscheidungen bei Keezer a. a. O., 165, A. 4, S. 147. Für den Fall der Scheidung ist Eindeutiges nicht zu finden, s. auch Keezer, a. a. O., 181, S. 162 z. A. 19.

[90]) Anders aber beim Verhältnis der Vernichtungsformen, worauf hier kurz hingewiesen werden soll.

1. Nach von Tuhr, II 1, S. 297, Anm. 106 kann eine vernichtbare Ehe gleichzeitig durch den anderen Teil anfechtbar sein. Die Vernichtungsrechte seien voneinander unabhängig.

2. Die Frage, ob eine bereits vernichtete Ehe noch anfechtbar ist, führt auf die Kippsche Lehre von den Doppelwirkungen im Recht (s. Festschrift für v. Martitz, S. 226), die sich bisher nicht hat durchsetzen können. In der außerdeutschen Wissenschaft sind mir Erörterungen dieser Art nicht bekannt.

Die gleiche Frage taucht, wenn auch in veränderter Gestalt, bei der Besprechung der Wirkungskumulationen im IPR auf, s. unten § 7.

ausländischen Rechts zur Folge. Es ist häufig, daß eine Ungültigkeitsklage vor einem deutschen Gericht auf ausländisches Recht gestützt wird, daß eine in Deutschland oder im Ausland geschlossene Ehe nach ausländischem Recht für ungültig erklärt wird. Die rechtsvergleichende Übersicht hat uns gezeigt, daß es zwei verschiedene Ungültigkeitsarten der mangelhaften Ehe gibt, die Nichtehe und die vernichtbare Ehe. Liegt nach dem zur Anwendung kommenden ausländischen Recht eine Nichtehe vor, so kann, darauf gestützt, die Klage nur eine Feststellungsklage sein. Anders ist es aber, wenn eine vernichtbare Ehe vorliegt. Hier erfordert das ausländische Recht zur Vernichtung oder zur Geltendmachung der Nichtigkeit ein gerichtliches Urteil, das nach dem maßgebenden ausländischen Recht entweder deklaratorisch oder konstitutiv ist.

Diese letztere, nach ausländischem Recht geforderte Rechtsgestaltungswirkung kann zu Zweifeln über die internationale und nationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte Anlaß geben. Es tauchen nämlich folgende Fragen auf: 1. gibt das deutsche Prozeßrecht die Möglichkeit, eine Ehe auf Grund ausländischer Rechtsnormen durch konstitutives Urteil zu vernichten? 2. inwieweit ist es solchenfalls zulässig, in ausländische Rechtsverhältnisse durch rechtsgestaltende Akte einzugreifen? Die Erörterung dieser Teilfragen aus dem Gebiet der internationalen Zuständigkeit in Eheungültigkeitsursachen sei der des materiellen Rechts wegen seiner engen Verknüpfung mit ihm vorangestellt.

1. Zwei Schweizer, deren Ehe, wie alsbald zu zeigen ist, gemäß deutschem IPR nach ihrem Heimatrecht zu beurteilen ist, stehen vor einem deutschen Gericht im Ehenichtigkeitsstreit. Welches Verfahren ist einzuschlagen, und welches Urteil kann ergehen? Soll die Vernichtung nach ihrem Heimatrecht eintreten, so ist ein konstitutives Urteil erforderlich (s. oben S. 13). Nun ist es nach deutschem Recht sehr zweifelhaft, ob ein deutscher Ehenichtigkeitsprozeß mit einem deklaratorischen oder konstitutiven Urteil schließt.[91]) Nehmen wir aber selbst die Gestaltungswirkung an, so wäre damit nur gesagt, daß das auf Grund deutschen Rechts ergehende rechtsgestaltende Ungültigkeitsurteil im besonders geregelten Nichtigkeitsprozeß zu finden ist; nicht aber ergibt sich daraus die Zulässigkeit dieser Prozeßart auch für die auf Grund ausländischen Rechts beantragten Ungültigkeitserklärungen. Das RG. hat sogar in einer Entscheidung vom 21. 12. 16[92]) ausgesprochen, daß die Klage als Nichtigkeitsklage im engeren Sinn (§§ 631 ff. ZPO) nicht aufgefaßt werden könne, weil keiner der Nichtigkeitsgründe des deutschen Rechts (§§ 1323 ff. BGB) geltend gemacht, die Klage vielmehr auf englisches Recht ge-

[91]) Für die Feststellungswirkung Planck-Unzner II 1 b vor 1323 (S. 58); Staud. II vor 1323 (S. 92); RG 5. 2. 05, JW 06, 167; 25. 4. 13, JW 1913, 739; 20. 6. 16 RGZ 88, 328; für die Gestaltungswirkung die Mehrheit der Schriftsteller, vgl. die Übersicht bei Riezler, Rechtswirkungen der bigamischen Ehe, JJ 66, 416, Anm. 2, ferner die Prozessualisten: Hellwig, Rkr. 68; Stein-J., S. 262; Förster-K. 1 a zu 606, Seuffert-W. 2 d/e; Rosenberg, 562.

[92]) JW 1917, 364 (365).

stützt war.[93]) Nach Ansicht des RG. lag ein Formmangel vor; Opet fügt aber in der Anmerkung hinzu, daß auch beim Vorliegen eines Sachmangels das Ergebnis das gleiche bleibe. „Zur Geltendmachung einer Nichtigkeit, die sich auf einen anderen Tatbestand als einen der §§ 1325 f. BGB berücksichtigten stützt, stellt das deutsche Recht den Nichtigkeitsprozeß nicht zur Verfügung: die Nichtigkeitserklärung der ZPO ist auf die Nichtigkeitsfälle des § 1329 beschränkt. Hier (d. h. in dem vom RG. behandelten Fall) handelt es sich aber um einen Nichtigkeitsfall außerhalb des BGB. Ein solcher kann, auch wenn er sich nicht auf einen Formmangel stützt, auf keine andere Weise als mit der Feststellungsklage geltend gemacht werden". Das OLG Karlsruhe (Entscheidung vom 28. 3. 17.)[94]) hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen; auch Hellwig hatte sie in seinem Lehrbuch[95]) im Sinne des RG. entschieden. Später[96]) hat er jedoch die Unrichtigkeit dieser Lösung selbst nachgewiesen. Die ZPO-Novelle von 1898 hatte in der Absicht, den Zivilprozeß dem bürgerlichen Recht anzugleichen, den § 592 aCPO gestrichen, ohne an anderer Stelle dessen international-prozeßrechtlicher Bedeutung Rechnung zu tragen. § 592 aCPO lautete: unter Anfechtungsklage ist zu verstehen „die Klage auf Anfechtung der Ehe aus einem Grunde, der nicht von amtswegen geltend gemacht werden kann"; bei der Nichtigkeitsklage hieß es: „von amtswegen". Die jetzige Fassung der §§ 606, 638 ZPO. ist derart, daß man an ihre ausschließliche Anwendbarkeit auf deutsches Recht denken könnte. In Wahrheit war eine Änderung in dieser Hinsicht gar nicht beabsichtigt und ist, da der Wortlaut der §§ 606, 638 nicht zwingend entgegensteht, auch nicht eingetreten.[97])

2. Verlangt also das ausländische Recht ein konstitutives Urteil zur Vernichtung einer ihm unterstehenden Ehe, so kann vom deutschen prozeßrechtlichen Standpunkt die Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage erhoben werden. Dabei spielt es dann auch keine Rolle, wenn auf Grund des deutschen Rechts nur ein Feststellungsurteil hätte ergehen können, wie es das RG. etwa annimmt. Denn die Feststellungswirkung des im Nichtigkeits- oder Anfechtungsprozeß ergehenden Endurteils ist dem Prozeß selbst keineswegs immanent. Sie ergibt sich vielmehr lediglich aus dem deutschen materiellen Recht. Ergeht aber im gleichen Prozeß das Urteil auf Grund ausländischen Rechts, welches die Gestaltungswirkung des Urteils zur Vernichtung voraussetzt, so ist das deutsche Nichtigkeits- oder Anfechtungsurteil eben kraft des ausländischen Rechts ein Konstitutivurteil. Diese Frage tritt bei den französischen actions en nullité im Schuldrecht ebenfalls auf (vgl. cc 1184, 1871, 1304) und ist dort ebenfalls im Sinne der Zulässigkeit eines deutschen Gestaltungsurteils entschieden worden, obwohl nach deutschem Recht nur noch eine Feststellungsklage am Platze gewesen wäre.[98])

[93]) Ebenso 2 Beschlüsse des LG Nürnberg, v. 18. 7. 32, BayZ 1933, 135, u. vom 9. 1. 33., a. a. O., S. 136, die beide vom OLG Nürnberg bestätigt wurden.

[94]) Rspr. 35, 360.

[95]) S. 108, Bd. 1.

[96]) System II 5/6, 9/10.

[97]) Ebenso Bergmann St AZ 1924, 201; Mariolle NZ 9, 104/5.

[98]) Schw. BG 16. 1. 30, BGE 56 II 45, näheres b. Nussbaum 390.

Daraus schließlich, daß einem Gestaltungsurteil eine ideelle Vollstreckungswirkung zukommt,[99]) sind Bedenken, gegen die internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichts nicht herzuleiten.[100]) [101])

3. Wegen der sonst, im einzelnen die internationale Zuständigkeit begründeten Anknüpfungsmomente der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes u. dgl. kann nur auf die außerordentlich umfangreiche Literatur zum Eheungültigkeitsrecht verwiesen werden. Eine Behandlung dieser rein prozeßrechtlichen Fragen würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Erwähnt sei:

I. Allgemeines.
Neuner, intern. Zustdk. 5/6; Bartin 124 S. 310; Pillet-N I 288 (228); Perroud, Clun. 1926, 949; Cour de Rennes 19. 11. 24 Clun. 1925, 386 m. Bem. v. Perroud 389 ff.; Mich LR 26, 211/2; öst. ob. Ger. Hof. 14. 1. 14; Gl. U. 6757; v. 16. 5. 07; Gl. U. 3778; v. 8. 10. 95 NZ. 6, 533/4; Weiss V 369; Schöndorf JJ 75/66.

II. Deutsche internationale Zuständigkeit.

1. Auslegung des § 606 I ZPO.
RG. 16. 12. 20 Seuffert A 76, 172; RG. 5. 2. 06 JW. 168; 17. 12. 08, RGZ 70, 143/44; 7. 1. 14. LZ 774 Nr. 17.; bay. Ob. LG. (24. od) 29. 5. 24, JW. 25, 63 = JFG 2, 150; OLG, München 31. 10. 27 JW. 29, 124; RG. 5. 4. 21, RGZ 102 86/87; 29. 9. 30 JW. 31, 148 Nr. 5; Wierusz. 81, 82; Lewald Nr. 150; Mamelock DJZ 06, 428; Stein-J. I 2 z. 606, II 3 a Anm. 19; Baseler App. Ger. 17. 12. 29 Rab. Z. 5, 731; Lehmann-Krauss 33 Anm. 21; Rosenberg 563, 46.

2. Unanwendbarkeit des Haager E. Schdgs. Abk.
Cour de Just. Civ. Genf 29. 10. 29 Rab. Z. 5, 731 Wierusz. 82 Anm. 517.

3. Zu § 606 Abs. 4 ZPO.
a) Anwendbarkeit im Nichtigkeitsprozeß.
Lewald Nr. 148; Rosenberg a. a. O; Neuner 1; — Nußbaum 401; Bergmann JW. 25, 2085; Satter ZBl 40, 297; Neuner 34/35; RG. 12. 6. 22, Warn. E. 23/24 Nr. 21; 22. 7. 27, RGZ. 116, 193; KG. 14. 6. 13, Rspr. 27, 108; Hans OLG 13. 7. 11 HGZ Bbl. 1912. Nr. 28; 15. 12. 08 das. 09 Nr. 96; Stein-J. II 2 z. 606; Hellwig Syst. II 14 Anm. 1; Zitelmann II 617, 281.
b) Inhalt der Vorschrift. Stein-J. a. a. O. —
OLG Karlsruhe 13. 6. 32 JW. 1932, 1669 Nr. 11; RG. 16. 12. 20, Seuffert's Archiv 76, 172; Seuffert-W. 5 a; Förster-K. 3 (255); Sydow-B-K. 10; Baumbach 10.

---

[99]) Vgl. Hellwig, Lehrbuch I 108.

[100]) Vgl. Neuner, Privatrecht u. Prozeßrecht 1925, 91 ff.; Nußbaum 390.

[101]) Die Frage nach der internationalen Zuständigkeit kann in gewissen Fällen auch eine nach der Zulässigkeit des Rechtsweges sein, insbes. im Hinblick auf Art. 34 IV des italienischen Konkordates vom 11. 2. 29., s. dazu Frankenstein III 202, Anm. 83.

III. Schweizerische internationale Zuständigkeit.

1. Allgemeines.
Ob. G. Zür. 11. 2. 27 Zür. R. 1928, 124 Nr. 66; BG 5. 6. 01, BGE 27. I 183; Bez. Ger. Horgen, 11. 9. 13 mitg. b. Fritzsche, 2 Jahre ZGB, 38 ff.

2. Anwendung der Art. 136 ZGB/7 h NAG auf die Nichtigkeitsklage.
Stauffer, 7 g Note 8, 7 c Note 30; SJZ 23, 163; SJZ 24; 237/38; Gautschi 180 f; Meili JZPR I 229; Reichel 7 f Note 2 App. Ger. H. Bern 27. 10. 27, SJZ 24. 235. — Reichel 7 h S. 162; Kaufmann NZ 22, 459 ff; SJZ 9, 267 ff; Salis 69 f; Picot 2 u. 52; OG Zür. 27. 11. 12 Zür. R. 1913, 309 Nr. 191; trib. cant. de Neuch. 4. 11. 25 SJZ. 22, 206. —
Schurter-Fr. 465; Nußbaum 398 Anm. 1; Spivak 73 ff; Rossi 47; v. Bar I 492/93; Cour de Just. Civ. Genf 29. 10. 29; Rab. Z. 5, 731; ObG. Zür. 10. 10. 28 Zür. R. 1929, 142 Nr. 66; 25. 8. 23, das. 1924 Nr. 98.

3. Zu 7 g NAG.
Spivak 74 ff; Fleiner 114 Anm. 72; Egger Komm. z. Personenrecht, 2. A. 1930, 191 Nr. 3; —. Salis 16; BG v. 9. 10. 1886, BGE 12, 508 ff.

Erster Abschnitt.

Der Inhalt der Kollisionsnorm.

§ 3.

Das die materielle Ungültigkeit der Ehe betreffende deutsche Kollisionsrecht ist vor allem in Art. 13 I EGBGB geregelt:

„Die Eingehung der Ehe wird, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er angehört. Das gleiche gilt für Ausländer, die im Inland eine Ehe eingehen".

Modifiziert wird diese Regelung durch die praktisch wenig bedeutende Vorschrift des Abs. 2, durch die Zulassung der Rückverweisung in Art. 27 sowie durch das mögliche Eingreifen der Vorbehaltsklausel (Art. 30).

Art. 13 betrifft nur die Fälle, in denen entweder einer der Eheleute bei Eingehung der Ehe Deutscher war oder in denen der Eheabschluß in Dld. erfolgte. Diese unvollkommen zweiseitige Kollisionsnorm ist aber, darüber kann kein Zweifel herrschen, zu einer allseitigen auszudehnen.[102]) Die deutsche Rechtsprechung sowie die überwiegende Mehrheit der Literatur haben sich von jeher auf diesen Standpunkt gestellt.[103])

---

[102]) Frankenstein III 63, Anm. 29 wendet sich gegen diese Ausdehnung. Er kommt aber auf Grund allgem. Erwägungen zum gleichen Ergebnis.

[103]) Vgl. z. B. RG 16. 5. 31, RGZ 132, 418 („nach h. M"); Lewald Nr. 105, Wierusz. 51; Bergmann I 33; Beer NZ 18, 1/2; Niemeyer 133; anderer Ans. anscheinend Habicht IIA zu 13 (S. 100) mit merkwürdigen und zu Schwierigkeiten führenden Folgerungen (s. S. 101); s. dagegen aber daselbst II B 6, S. 105/6.

Danach unterliegen Ausländer, die im Ausland heiraten, den gleichen Vorschriften, wenn die Gültigkeit ihrer Ehe in materieller Hinsicht der Beurteilung der deutschen Gerichte unterliegt.

Nach Art. 13 I richtet es sich zunächst, ob der „Eingehung der Ehe" Hindernisse irgend welcher Art entgegenstehen. Je nachdem, ob dies der Fall ist oder nicht, ist die Ehe entweder gültig oder ungültig. Soll nach Eingehung der Ehe durch den Richter über den Bestand der Ehe geurteilt werden, so sind dieselben Vorschriften, die die „Eingehung" der Ehe regeln, auch für ihr späteres Schicksal grundsätzlich maßgebend. Sie entscheiden also über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. Das ist allgemeine Ansicht.[104]) Wohl davon zu scheiden ist aber die Frage, welche Rechtsordnung die Folgen von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit beherrscht. Hierüber — wir nennen es die Frage nach dem Wirkungsrecht — wird an anderer Stelle zu sprechen sein (s. unten § 8).

Maßgebend sind die Normen der Staaten, denen die Verlobten angehören. Welcher Zeitpunkt ist hierfür entscheidend? Im allgemeinen erwirbt die Frau mit der Eheschließung die Staatsangehörigkeit des Mannes. Z. Zt. der Ungültigkeitsklage hat sie daher regelmäßig die gleiche Nationalität wie der Mann z. Zt. der Eheschließung; von dem regelwidrigen Fall des inzwischen erfolgten Statutenwechsels ist hier zunächst abzusehen (darüber unten § 11). Zwischen den beiden Möglichkeiten, die St. Angeh. z. Zt. der Ungültigkeitsklage und diejenige z. Zt. der Eheschließung als die maßgebliche gelten zu lassen, entscheiden sich Theorie und Praxis mit Recht für die letztere. Grundsätzlich ist daher aus dem Eherecht des Staates, dem die Verlobten, d. h. die späteren Ehegatten z. Zt. der „Eingehung der Ehe" angehörten, die Beurteilung der Ehegültigkeit gemäß Art. 13 I herzuleiten. Seine theoretische Fundierung hat dieser ipr. allgemeingültige Satz durch die scharfsinnige Untersuchung Zitelmanns[105]) erfahren; für Art. 13 Abs. I ergibt er sich vor allem daraus, daß die Vorschrift in erster Linie auf die standesamtliche Beurteilung der Zulässigkeit der Eheschließung abstellt. Die gleichen Gesetzgebungen entscheiden also über die Zulässigkeit und über den Bestand der Ehe. Die Normen über die Zulässigkeit der Ehe können sich aber nur an die Staatsangehörigkeit der Verlobten halten, da die Ehe noch gar nicht geschlossen ist. Kommt es also auf die St. Angeh. z. Zt. der Eingehung der Ehe für deren Zulässigkeit an, so muß der gleiche Zeitpunkt auch maßgebend sein für ihre Gültigkeit, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit.[106])

Die Anwendung dieser Grundsätze bereitet kaum Schwierigkeiten, wenn die Eheleute z. Zt. der Eheschließung dem gleichen Staate angehörten, gibt aber bei verschiedener Nationalität der Verlobten zu erheblichen Komplikationen Anlaß.

[104]) Vgl. z. B. RG 15. 12. 30 JW 1931, 1340 f; 6. 10. 27, Warn. E. 1928 Nr. 13; 3. 5. 17 Warn. E. 1917 Nr. 210; OLG Dresden 15. 1. 12 Rspr. 26, 211; Niemeyer 134; Neumann I 1 b z. 13; RGR Komm. 1298, Anm. 10.

[105]) Zitelmann II 637—40.

[106]) RG 23. 6. 30, HRR 1930, Nr. 1736; 6. 2. 30, JW. 1930, 1003; OLG Frankfurt 14. 3. 12, JDR. 12, 442; Nußbaum 132, Anm. 2; Lewald 106; Raape A I 4 z. 13, S. 232; Wolff S. 117; Fam. R. S. 142.

Zweiter Abschnitt.
Anwendung.

§ 4.
Gleiches Heimatsrecht.

Haben die Verlobten z. Zt. der Eheschließung die gleiche Staatsangehörigkeit,[107]) so ist ihr Heimatrecht für die Gültigkeit der Ehe maßgebend. Dieses kommt gemäß Art. 13 Abs. 1 uneingeschränkt zur Anwendung. Haben Deutsche im Ausland geheiratet, so entscheidet das deutsche Recht, ob die Ehe nichtig oder anfechtbar ist; haben Franzosen in Deutschland oder Österreich geheiratet, so entscheidet das franz. Recht. Das Heimatrecht bestimmt die Person des Anfechtungsberechtigten; kennt es eine Anfechtung überhaupt nicht oder in dem betreffenden Falle nicht, so ist die Ehe in Deutschland unanfechtbar, auch wenn sie nach deutschem Recht hätte angefochten werden können. Die Ehegatten werden also in jeder Hinsicht den heimatlichen Sachnormen über Ehenichtigkeit- und Anfechtung unter-

---

[107]) Es kann häufig zweifelhaft sein, welche St. Angeh. ein Verlobter hat. Hier ist nicht der Ort, die Frage zu untersuchen, welche Rechtsordnung im einzelnen über das Vorliegen eines Anknüpfungstatbestandes, hier der St.-Angeh. entscheidet (vgl. Lit. b. Raape, Anm. z. Art. 29, S. 772, 773). Es mag nur so viel gesagt werden, daß die Antwort, ob jemand die St. Angeh. eines bestimmten Staates *besitzt*, nach dem Recht *dieses* Staates allein zu beantworten ist. Wir können niemanden nach seinem „Heimat"recht beurteilen, wenn der betreffende Heimatstaat dies nicht als solches anerkennt.

So waren in einem vor das OLG Frankfurt (11. 7. 29, JW 3507) gelangten Falle die beiden Eheleute Galizier. Der Mann war desertiert, und es konnte nach östr. Recht fraglich sein, ob er deswegen die östr. Staatsangehörigkeit verloren hatte. Nach Art. II 3 des pol. St. Angeh. Ges. v. 1920 i. V. m. Art. 4 u. 6 des Min.-Schutz-Abk. der Entente m. Polen vom 18. 6. 19 sind aber jedenfalls beide Ehegatten automatisch Polen geworden. Als polnisches Recht (Art. 13) kam übrigens doch das ABGB zur Anwendung. Besonderheiten gelten für Staatenlose, Doppel- und Mehrstaater.

Für die Staatsangehörigkeit der Staatenlosen ist Art. 29 maßgebend. Danach gilt für staatenlos Gewordene ihr früheres Heimatsrecht. RG 6. 10. 27 Warn. E. 1928 Nr. 13, S. 25 bemerkt mit Recht, daß diese Regel auch auf staatenlos gewordene russische Emigranten keine Ausnahme leide, und auf sie das neue russ. Recht zur Anwendung komme (A. A. Thias St. A. Z. 1927 263 ff), s. auch die Vorschläge der 6. Haager Konferenz bei Volkmar JW. 28, 857 ff.

Für die Doppel- und Mehrstaater haben Wissenschaft und Praxis bestimmte Prinzipien der Auswahl geschaffen; s. insbes. Raape B zu 29 S. 783 ff; H z. 13 S. 266.

Die maßgebenden Grundsätze herauszuarbeiten, ist hier nicht die Aufgabe. Es sei daher auf die umfangreiche Literatur zu Art. 29 verwiesen; zit. bei Raape a. a. O. S. 772/73. Einen interessanten praktischen Fall behandelt Letzgus. Eine Ehenichtigkeitsklage mit ipr. Einschlag, Rab. Z 8 (1934), 310 ff.

worfen. Der oben in Anm. 107 angeführte Fall war daher auf die Anfechtungsklage eines Gatten wegen Eigenschaftsirrtums dahin zu entscheiden: Die Klage ist abzuweisen, denn das als poln. Recht zur Anwendung gelangende ABGB. kennt nur den error in persona.

Ist danach als Folge eines Ehehindernisses „Nichtigkeit" eingetreten, so ist zu untersuchen, ob damit „Nichtehe" oder „nichtige Ehe", „vernichtbare Ehe" gemeint ist. Die rechtsvergleichende Übersicht zeigt, daß es nicht wenige Gesetzgebungen gibt, die an das Fehlen einer materiellen Ehevoraussetzung Nichtigkeit im weitesten Sinne anknüpfen, die also eine Nichtigkeitsklage zu ihrer Vernichtung gar nicht mehr erfordern. (s. oben S. 7 ff). Dann ist gemäß Art. 13 Abs. 1 auch insofern das heimatliche Recht maßgeblich, und die Ehe ist in Deutschland nichtig, ohne das ein Urteil zu ergehen brauchte: die Nichtigkeit kann ohne weiteres von jedermann geltend gemacht werden.

Ist ein Nichtigkeitsurteil aber nach heimatlichem Recht erforderlich, so bestimmt eben dieses Recht auch darüber, ob die Nichtigkeit noch geltend gemacht, ob die Nichtigkeitsklage noch erhoben werden kann. Die diesbezgl. Fragen sind also alle Fragen des ausländischen innerstaatlichen Rechts. Daraus ergibt sich folgendes: nach dem Heimatrecht ist zu entscheiden, ob die Vernichtung der Ehe noch nach ihrer Auflösung möglich ist. Nun läßt z. B. das norwegische Recht eine Nichtigkeits- und Anfechtungsklage nach der Auflösung, also auch nach der Scheidung nicht mehr zu, für den Fall des Todes gilt gleiches nach argentinischem und verschiedentlich nach amerikanischem Recht (s. oben S. 20/21). Ob die Ehe aufgelöst ist, muß aber nach dem Bemerkten das Ehenichtigkeits- und Anfechtungsstatut entscheiden. Nach ihm richtet es sich, ob die Ehe als geschieden zu betrachten ist, ob ein im Ausland ergangenes Scheidungsurteil oder ein Urteil, das einen Ehegatten für tot erklärt hat, anzuerkennen ist; das deutsche Recht spielt dabei keine Rolle.[108]) Ob das deutsche Recht im entsprechenden Falle die Scheidung anerkennt oder anerkannt haben würde, ob nach deutschem Recht ein Ehegatte noch als lebend zu betrachten ist, nach deutschem Recht also einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage nichts im Wege stehen würde — : das alles ist belanglos. Denn die materielle Anspruchsberechtigung untersteht dem Heimatrecht, ebenso die Aktivlegitimation: von der Scheidung oder Auflösung der Ehe hängt es sehr häufig ab, ob gewisse Personen noch zur Erhebung der Klage, insbesondere der Anfechtungsklage, berechtigt sind.[109])

Diese Klageerhebungsrechte sind keineswegs (prozessuale) Ansprüche, die dem Gebiet des Prozeßrechts angehören und deshalb nach

---

[108]) Vom ordre public, also auch von Art. 13 II wird hier abgesehen.

[109]) Oder schon berechtigt sind. Denn wie nach deutschem Recht die Nichtigkeit nach der Auflösung unbeschränkt geltend gemacht werden kann (1329 BGB), so auch nach ungarischem (§ 45 III d. Ehe Ges. v. 1894). Ob die Voraussetzungen der Feststellungsklage vorliegen, entscheidet dann gegebenenfalls allein das ungarische Recht.

deutschem Recht zu beurteilen sind.[110]) Wie jeder Anspruch eine Richtung gegen den Staat hat, der ihm durch das richtige Urteil zu seinem Recht verhelfen soll,[111]) so tritt bei der Nichtigkeitsklage diese Anspruchsrichtung besonders deutlich hervor. Das ändert aber nichts daran, daß das Recht, die Klage zu erheben, überall ein immanenter Bestandteil des materiellen Anspruchs ist. Es zeigt sich z. B. auch darin, daß der Staatsanwalt gegen die Eheleute klagt und auch sein Klagrecht begrenzt ist, und daß bei der Anfechtungsklage der eine Ehegatte gegen den anderen klagt.[112]) Wenn eine Rechtsordnung bestimmt, daß die Ungültigkeit einer Ehe nur im Klagwege geltend gemacht werden kann, so bestimmt diese Rechtsordnung also auch, welchen Schicksalen die zugrundeliegende materielle Klagberechtigung unterliegt. Auch hier entäußert sich das deutsche Recht seines territorialen Geltungswillens, wenn das maßgebende Recht nach Art. 13 I ein ausländisches ist.

§ 5.

Verschiedene Heimatsrechte.

Steht fest, welche Rechtsordnung „in Ansehung eines jeden der Verlobten" über die Gültigkeit der Ehe entscheidet, so ergibt sich bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Verlobten, daß dies nicht nur eine, sondern verschiedene Rechtsordnungen sind; und zwar entweder das deutsche und ein ausländisches Recht, oder zwei verschiedene ausländische Gesetzgebungen. In diesen Fällen ist die Ehe nur dann gestattet, wenn beide maßgeblichen Rechtsordnungen die Ehe erlauben; sie ist nur dann unangreifbar, wenn beide als Folge der Nichtbeachtung der vorhandenen Ehehindernisse weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit festsetzen. Dieses Kumulationsprinzip, das beide Rechtsordnungen maßgeblich sein läßt, besagt also, daß die Ehe nur dann gültig ist, wenn von keiner Seite her ihre Mangelhaftigkeit begründet ist.[113]) Mannes- und Frauenrecht sind also gleichwertig, und zwar, da Art. 13 I keine Ausnahme kennt, in jedem Falle.[114])

---

[110]) Obwohl sie gerade im deutschen Recht in der ZPO stehen, aber das ist lediglich ein systematischer Schönheitsfehler; gibt es doch noch mehr materielle Rechte, die in der ZPO stehen.

[111]) Vgl. James Goldschmidts „materielles Justizrecht", in Ziv. Proz. Recht 1929 (KK Enz Nr. 17) S. 29 ff u. passim.

[112]) S. dazu auch Zitelmann II 157; Raape B IV 2 z. Art. 11 S. 175.

[113]) RG 22. 4. 32 RGZ 136, 142; Prot. d. Komm. 2. Lesg. 6, 47. C. Rosenberg, 111, gebraucht den gleichen Ausdruck im entgegengesetzten Sinn, Kumulationsprinzip bedeute, daß die Ehe nur nichtig oder anfechtbar sei, wenn beide Rechtsordnungen dies bestimmen. Vgl. über Rechtsordnungen, die von dem geltenden deutschen Recht abweichen z. B. § 13 sächs. BGB (OLG Dresden 2. 4. 17 sächs. Annalen 39, 84); s. auch OGH Wien 2. 5. 29 JW. 31, 166.

Zur Begründung dieses Grundsatzes s. etwa Poullet 352 S. 405—6: „Man hat sich bei dieser Annahme gefragt, ob es nicht genügen würde, vor allem von dem zukünftigen Ehegatten diejenigen Bedingungen zu erfordern, die das Heimatsrecht des Ehemannes verlangt.

1. Die Übertragung dieses Grundsatzes auf die Praxis gestaltet sich häufig sehr einfach. Einige Beispiele aus der Praxis mögen die Anwendung erläutern.

(I) Trib. civ. de la Seine 11. 5. 33.[115]) Der Italiener M. heiratete 1887 die Argentinierin A. und ließ sich 1916 von ihr in Uruguay scheiden; beide waren katholisch. 1917 heiratete er die X, nach deren Tode die Französin F (1921). Die Eheleute wohnten in Frankreich; nach dem Tode des M. wird im Erbschaftsprozeß die Frage nach der Gültigkeit der letzten Ehe gestellt.

Da nach italienischem Recht die erste Ehe nicht geschieden werden konnte, und die A. noch lebt, ergibt sich, „daß die Ehe von 1887 allein gültig ist, daß sie bis zum Tode des M. bestanden hat, und daß die von ihm in der Zwischenzeit eingegangenen Verbindungen als bigamisch mit Nichtigkeit (nullité absolue) behaftet sind".

(II) OGH Wien 8. 2. 27.[116]) Ein Amerikaner heiratete 1914 eine Ungarin in London, die z. Zt. der Klage in Wien wohnt. Öst. Recht kommt nicht zur Anwendung, wenn die Frau wegen Bigamie des Mannes auf Nichtigkeit klagt, vielmehr das amerikanische und das ungarische Recht.

(Fortsetzung von Fußnote 113.)

Warum, so sagt man, soll darüber hinaus verlangt werden, daß die zukünftige Ehefrau, die von ihrem Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt? Durch ihre Heirat erwirbt diese Frau die Staatsangehörigkeit ihres Gatten, und es erscheint unmöglich, vielleicht eine Ehe zu vernichten, welche beim Urteil den Bedingungen entspricht, die vom gemeinsamen Recht der Ehegatten aufgestellt werden.

Dieser Überlegung können wir nicht zustimmen... Übrigens verwirklicht sich der Wechsel der StAngeh. der aus der Heirat der Frau folgt, nur dann, wenn die Ehe selbst gültig ist. Man kann also daraus kein Argument gewinnen, um die Gültigkeit der Ehe selbst zu beweisen, da ja der Wechsel der StAngeh. von der Gültigkeit der Ehe abhängt."

Die Regel des Kum. Prinz. wird übrigens auch dann nicht durchbrochen, wenn es sich um Doppelstaater handelt. Hier wird man zwar mit Raape H II zu 13 (S. 266) nur ein Heimatsrecht des Doppelstaaters auswählen und das andere außer acht lassen müssen. Aber dann wird Art. 13 I insofern nicht durchbrochen, als eben nur eins seiner Heimatsrechte „maßgeblich" ist.

[114]) Vgl. Audinet, Rec. d. Cours 1926 I 182. Das deutsche Recht entspricht den Grundsätzen der kontinentalen Rechtsanschauung.

[115]) Clun. 1933, 970.

[116]) OGH IX 117 (118). Die Entscheidung ist übrigens bemerkenswert insofern, als sie den renvoi vollkommen unerörtert läßt. Das Recht des amerik. Staates, dem der Bekl. angehört (in der Entscheidung wird das nicht mitgeteilt), verweist vielleicht oder sogar wahrscheinlich auf die lex domicilii oder celebrationis.

(III) RG. 21. 3. 12.[117]) Der katholische Italiener M. heiratete die Deutsche F, nachdem seine erste Ehe mit der noch lebenden A in Deutschland geschieden worden war. Da das italienische Recht nicht zurückverweist, sondern ebenfalls gemäß Art. 6, 100 cc die Staatsangehörigkeit maßgebend sein läßt, kommt grundsätzlich ital. Recht zur Anwendung.[118])

Es zeigen sich aber auch verschiedene Schwierigkeiten. Sie sollen anhand eines Falles, der in neuerer Zeit dem RG. zur Entscheidung vorgelegen hat, untersucht werden.[119])

M., ein Deutscher, hatte in erster Ehe in Rußland eine Russin geheiratet; diese Ehe ist dortselbst 1924 geschieden worden. Im folgenden Jahre hat er mit einer anderen Russin ebenfalls in Rußland eine zweite Ehe geschlossen, darauf haben die Eheleute ihren Wohnsitz nach Deutschland verlegt. Hier klagt die zweite Frau auf Nichtigkeit mit der Begründung, die russische Scheidung werde in Deutschland nicht anerkannt, die zweite Ehe sei also in Deutschland bigamisch.

Um den Fall zu entscheiden, haben wir, nach dem bisher Dargelegten, folgendes zu fragen: bestimmt eine der beteiligten Rechtsordnungen die Nichtigkeit der Ehe? Tut dies auch nur eine, so ist die Ehe für ungültig zu erklären, tut dies keine, so bleibt sie gültig.

(I) Die Frau ist Russin gewesen z. Zt. der Eheschließung. Ihr Heimatrecht erkennt die Scheidung des M. mit seiner ersten Frau, da sie nach russischem Recht gesetzmäßig war, an. Nach ihrem Heimatrecht ist ein Nichtigkeitsgrund nicht ersichtlich.

(II) Der Mann ist Deutscher; nach deutschem Recht besteht noch die Ehe mit der ersten Frau, da die russische Scheidung nicht anerkannt wird. Da M. also bei Abschluß der zweiten Ehe noch verheiratet war, ist diese gemäß BGB § 1326 nichtig.

(III) Nach § 632 ZPO kann die Nichtigkeit von jedem Ehegatten der bigamischen Ehe geltend gemacht werden. Die Klage ist daher begründet, die Ehe ist für nichtig zu erklären.

Das RG. hat ebenso entschieden, aber seine Begründung kann nicht restlos befriedigen.

Der Beklagte M. hatte den allerdings fehlerhaften Einwand gemacht, nach 13 I EG dürfe die Klägerin zur Begründung der Nichtigkeit nur solche Gründe vorbringen, die nach ihrem russischen Heimatrecht

---

[117]) JW 1912, 642. Ebenso die Theorie, vgl. Kahn NZ 12, 207. Aus der älteren Rechtsprechung s. RG. v. 9. 12. 1890, RGZ 27, 229 (ALR); ferner die Entscheidung d. KK öst. OGH v. 6. 3. 1876, abgedr. in NZ 15, 26. Ein ungarischer Jude hatte 1875 eine preußische Christin in Berlin geheiratet. Der Wohnsitz der Eheleute war Prag. Zur Anwendung kommen das preuß. u. das ung. Recht. Ersteres kennt das Ehehindernis der Religionsverschiedenheit nicht mehr, das Gesetz v. 9. 5. 74 hebt 39 II 1 ALR auf. Wohl aber ist es dem ung. Recht bekannt, Gesetzesartikel XXXXXIV v. 1868, § 36: tertio matrimonium inter subditum nostrum religionis christianae addictum et alium religionis huic non addictum, pro nullo et invalido declaramus. (aufgeh. 1894.).

[118]) Im vorliegenden Fall soll dem allerdings das deutsche Scheidungsurteil gemäß Art. 30 entgegenstehen.

[119]) RG v. 22. 4. 32, RGZ 136, 142.

von Erheblichkeit seien. Dies sei aber nicht der Fall bei ihrer Behauptung, daß die nach russischem Recht gesetzmäßige Scheidung seiner ersten Ehe in Deutschland unwirksam sei.[120]) Was das RG. gegen diese Auffassung sagt, trifft völlig zu: Es ist richtig, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Eingehung der Ehe nach Art. 13 EG auch die Ungültigkeitsgründe umfassen, obwohl das BGB selbst die „Eingehung der Ehe" und die „Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe" getrennt behandeln. Davon ist auch RG v. 15. 2. 12 RGZ 78, 234 ausgegangen, wo die Gültigkeit der Ehe davon abhängig gemacht wurde, daß die Ehe nach dem für jeden der Verlobten maßgeblichen Heimatrecht eingegangen werden durfte.[121]) Art. 13 gibt aber dem Richter nur die Anweisung, nach welchem Gesetz er die Beurteilung vorzunehmen hat, bestimmt dagegen nicht, daß die beteiligten Ehegatten irgendwie beschränkt sein sollen in dem, was sie dem Gericht vortragen dürfen. Das ergibt sich auch aus dem Wesen der Nichtigkeitsklage:[122]) vgl. etwa ZPO § 617 III, § 622 II (Wahrheitsermittlungspflicht), § 632 (auch der Staatsanwalt sowie nach § 1326 BGB der dritte Ehegatte können klagen; s. besonders Abs. II), § 629 I (Wirkung inter omnes). Die Gegenmeinung würde zur „Annahme der Möglichkeit einer nur relativ nichtigen Ehe" führen, „die dem deutschen Eherecht durchaus fremd ist".[123])

Insoweit ist nichts hinzuzusetzen. Nun hat sich aber der Beklagte auch auf Raape bezogen; dem RG. ist es zweifelhaft, ob mit Recht.[124]) Selbst aber wenn dies zuträfe, so würde, meint das RG, im konkreten Falle Raape ebenso entscheiden, weil die Bigamie ein Doppelverbot sei.[125]) Mit dieser Nebenbemerkung begibt sich das RG auf systematisch falsche Bahnen und verwirrt die sonst klare und richtige Hauptbegründung. Die Lehre vom Doppelverbot paßt auf den vorliegenden Fall überhaupt nicht.

Der Satz, daß jeder Beteiligte sich auf alle Nichtigkeitsgründe berufen kann, wenn die Ehe nichtig ist, bleibt ohne Zweifel richtig. Ob die Ehe nichtig ist, entscheiden gemäß Art. 13 I die beiden beteiligten Rechtsordnungen unabhängig voneinander. Innerhalb jeder von ihnen kann allerdings die Frage nach dem Charakter der Ehehindernisse, (einseitige, zweiseitige oder Doppelverbote) akut werden.

2. Nach Zitelmann[126]) beruht die Ungültigkeit einer Ehe im IPR darauf, daß ein Ehegatte durch sein eignes Personalrecht vom Ehebande befreit werde. Jeder Staat erkläre bei gewissen Hindernissen die Ehe für nichtig oder anfechtbar, d. h. er spreche damit aus, daß in

---

[120]) Der Beklagte bezog sich auf C. Rosenberg, 110/11; Raape A I 5 z. 13 u. B II 2 z. 17 (: „für ihren Ehemann hingegen gilt sowohl bezgl. der Scheidungsklage wie bezgl. der Nichtigkeits- und Anfechtungsklage ausschließlich sein Heimatrecht").

[121]) Vgl. auch RG v. 20. 10. 98 RGZ 42, 339.

[122]) Ebenso Zit. II 635; s. auch 642.

[123]) RG a. a. O. RGZ 136, 144.

[124]) In Wirklichkeit steht Raape durchaus nicht auf dem Standpunkt des Beklagten. Die oben Anm. 120 erwähnten Zitate bieten keinen Anhalt für seine Meinung.

[125]) Hier unter Hinweis auf Raape A II 3 a z. 13 (S. 235).

[126]) Zit. II S. 635; gegen ihn Frankenstein III 180 Anm. 4.

diesen Fällen sein Angehöriger eine Ehe nicht eingegangen sei. Da aber die Ehe ein zweiseitiges Verhältnis sei, falle damit auch automatisch die Bindung des anderen, ausländischen Teiles weg: daher seien Ehen, die auch nur nach dem Rechte eines Staates ungültig seien, ungültig in jeder Hinsicht.

Damit stimmt auch Art. 13 I überein, der die Ungültigkeit einer Ehe immer aus einem Heimatrecht hergeleitet wissen will. Immer muß ein Heimatrecht die eheliche Bindung seines Bürgers verneinen, damit die Ehe in Deutschland vernichtet werden kann. Aber über die Gründe dieser Bindungsverneinung ist damit noch nichts ausgesagt. Soweit ihr Ehe„hindernisse" zugrunde lagen, war auch die Eingehung der Ehe verboten. Und wem war sie verboten? Meistens dem eigenen Staatsbürger, aber durchaus nicht notwendig. Lag z. B. ein Ehehindernis nur in der Person des Ausländers vor, so kann die andere beteiligte Rechtsordnung sehr wohl ein Interesse daran haben, diesem Ausländer die Eingehung der Ehe zu verbieten und gerade deswegen die Bindung des inländischen Ehepartners wegfallen lassen. Das ist aber dann nur die Wirkung, die an das Verbot geknüpft ist; in Wahrheit mag dieses gar nicht gegen den inländischen Bürger, sondern nur gegen den Ausländer gerichtet und als Verbot sinnvoll sein. Wir haben hier Ursache und Wirkung scharf zu trennen. Angenommen, ein oest. Christ und eine schweizerische Jüdin wollen einander heiraten. Hier verbietet das oest. Recht seinem Angehörigen die Eingehung der Ehe und läßt deswegen das Eheband nicht bestehen. Wäre aber umgekehrt der Oesterreicher ein Jude und die Schweizerin eine Christin, so würde es immerhin zweifelhaft erscheinen, ob auch hier dem Juden die Eingehung der Ehe verboten sei. Da aber Eheverbote sich grundsätzlich auch an Ausländer richten können,[127]) erschiene die Beziehung des Verbotes auf die Schweizerin viel natürlicher. Wird diese Verbotswirkung, die ich eine national unbegrenzte nennen möchte, für das oest. Ehehindernis der Religionsverschiedenheit bejaht, so ist ihr Reflex auf den oest. Juden derart, daß seine Bindung wegfällt, damit auch die des Ausländers nicht besteht. Die Verbotswirkung auf den Inländer kann direkt sein: dann ist die Nichtbindung des Ausländers Folge dieses Verbots. Sie kann aber auch lediglich reflektorisch sein, dann ist die Nichtbindung des Ausländers Zweck des Verbotes. Die allgemein gebräuchliche Terminologie stellt hier einfach auf die Ungültigkeitswirkung ab und nennt in solchem Fall das Ehehindernis ein zweiseitiges (doppelseitiges), das die Eingehung der Ehe beiden Teilen gleichermaßen und daher auch dem Inländer verbietet. Da aber diese Anschauungsweise den Grund des Verbotes nicht richtig normiert, gerät sie bei dem Versuch, die Ein- oder Zweiseitigkeit gewisser Verbote bestimmen, häufig in vermeidbare Schwierigkeiten.

Wir werden daher im folgenden immer fragen, ob sich ein Eheverbot nur auf den eigenen Staatsangehörigen oder auch auf den Ausländer erstrekt. Ersterenfalls nennen wir das Verbot nach der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen (national) begrenzt (= einseitig), andernfalls (national) unbegrenzt (= doppelseitig). Diese Auffassung der Ehehindernisse steht auch nicht mit Art. 13 I in Wider-

[127]) Vgl. Raape A II 3 a z. 13 (S. 235).

spruch, wo als maßgeblich für die Ungültigkeit nur das Heimatsrecht jedes der Verlobten maßgebend ist. Wir müssen uns nur vergegenwärtigen, daß die Erstreckung des Verbotes auf den Ausländer deshalb für Art. 13 I beachtlich wird, weil der Verbotsreflex auch den Inländer trifft, indem er seine Bindung verneint, damit auch der Ausländer keine gültige Ehe eingehe. Wir sagen zwar im Ergebnis ebenfalls, daß die Ehe wegen eines den Inländer berührenden Verbotes nichtig sei; aber vielleicht nur, weil es ein unbegrenztes ist, das auch den Ausländer treffen soll, und deswegen im Einzelfalle auf den Inländer zurückstrahlt. Damit, glaube ich, ist die Vereinbarkeit unserer Fragestellung mit Art. 13 dargetan.

Der Unterschied zwischen unbegrenzten und begrenzten Hindernissen wird wichtig, wenn ein Ehehindernis in der Person eines Verlobten nur nach dem Heimatsrecht des anderen, nicht aber nach seinem eigenen vorliegt: nur wenn das Verbot auch den anderen Teil ergreift, also ein (national) unbegrenztes ist, kann es die Ehe ungültig machen.

Das oest. Ehehindernis des Katholizismus hat sich in der Rechtsprechung der oest. Gerichte vom unbegrenzten zum begrenzten Hindernis gewandelt.[128]) Wenn früher eine deutsche Protestantin, deren erste Ehe getrennt war, zu Lebzeiten ihres ersten Mannes einen oest. Kath. heiratete, so hielt man in Oesterreich die Ehe für ungültig, da das öst. Ehehindernis (ABGB. 111, Hofdekrete v. 26. 8. 1814, 17. 7. 1835, 4. 2. 37) auch dem deutschen Staatsbürger wenn er nicht katholisch sei, die Ehe verbiete.[129]) Das Ehehindernis des Katholizismus erscheint hier als unbegrenztes, denn sein Sinn und Zweck ist, den Christen von der Ehe abzuhalten, wenn er nach kath. (öst.) Auffassung noch verheiratet ist;[130]) der Verbotsadressat aber

---

[128]) Vgl. Nußbaum 134, Anm. 4. Von der Bestimmung des Hof. Kanzl.-Dekr. vom 26. 8. 1814 u. des v. 17. 7. 1835 soll abgesehen werden. Denn wenn sie dem Katholiken die Ehe auch mit einer akatholischen Person verbieten, so darf der Wortlaut uns nicht verleiten, dieses vom Gesetzgeber nur national gesehene Hindernis ohne weiteres als unbegrenztes anzusprechen. S. dazu auch Frankenstein III 90/1.

[129]) S. die bei Walker 604—06 angef. Urteile. Im übrigen s. unten im Anhang I 1.

[130]) Der öst. OGH hat eine eindeutige Stellungnahme allerdings umgangen, als es sich um die Ehe eines öst. Protestanten mit einer geschiedenen ausländischen Katholikin gehandelt hat. Der evangelische A hatte 1916 mit der Ungarin U die Ehe geschlossen. U hatte aber 1898, als sie noch kath. war, schon einmal geheiratet und war darauf 1904 in Ungarn geschieden worden; ihr erster Mann lebte 1906 noch. Daß sie vor der Scheidung zur ev. Religion übergetreten war, spielte nach dem ausdrücklichen Ausspruch des OGH keine Rolle, die Ehe hätte bei Auffassung des Hindernisses als eines unbegrenzten für nichtig erklärt werden müssen. Der OGH entschied aber, die erste Ehe müsse als aufgelöst angesehen werden, da das öst. Gericht die ung. Scheidung anerkenne. (OGH v. 7. 10. 14 Z Völk. R X 157—58; ähnlich übrigens später der Plenarbeschluß vom 11. 12. 24, s. unten Anm. 131), ferner die bei Walker 607 Anm. 27 angeführten neueren Urteile.

ist hier ein Ausländer. In neuerer Zeit hat der OBH. in einem Plenarbeschluß dem Verbot nur begrenzten Charakter zugesprochen [131]); danach war im angeführten Fall auch nach oest. Recht die Ehe gültig, obwohl der geschiedene Ausländer ebenfalls Katholik war. Nach estländischem Recht ist einem Epileptiker die Eheschließung verboten; dieses Verbot ist unbegrenzt.[132])

Unbegrenzt nennen wir also solche Hindernisse, die beide Ehegatten ohne Rücksicht auf ihre Nationalität ergreifen, wenn zur Beurteilung der Ehe das betreffende sachliche Eherecht des Staates maßgeblich wird. Wenn wir die unbegrenzte ausländische Sachnorm entscheiden lassen, so bringen wir sie allerdings in ipr. Bedeutung zur Anwendung. Wir stellen hier eigentümlicherweise auf eine Sachnorm ab, deren ipr. Charakter ihr selbst innewohnt. Mit Verweisung hat das nichts zu tun; vielmehr erweitert der Gesetzgeber durch Aufstellung eines unbegrenzten Verbotes den meist personal beschränkten Geltungsbereich der Norm.

Kommen dagegen bei einer Nichtigkeitsklage z. B. in Österreich die öst. Sachnormen gar nicht zur Anwendung (abgesehen vom ordre public), so kann auch das öst. „unbegrenzte" Verbot nicht durchgreifen; es handle sich etwa um die Ehe eines ehemaligen deutschen Priesters mit einer Französin. Daraus erhellt, daß die Frage, ob ein Verbot begrenzt oder unbegrenzt ist,

lediglich eine Frage des internen, zur Anwendung gelangenden Eherechtes ist.[133])

Ist nach diesem die Ehe ungültig, und ist dieses Recht nach Art. 13 I maßgebend, so ist die Ehe gänzlich ungültig. In der besprochenen Entscheidung des Reichsgerichts v. 22. 4. 32 RGZ 136, 142 war es daher nicht zutreffend, sich darauf zu stützen, daß die Bigamie ein unbegrenztes, ein Doppelverbot sei. Denn das war völlig unerheblich. Nach deutschem Recht war der Deutsche noch verheiratet; daß sich aber die Vorschriften der §§ 1309, 1326 BGB auf Deutsche erstrecken, ergibt sich nicht etwa aus dem Wesen der Bigamie als eines „Doppelverbotes". Die Ehe war nach deutschem sachlichen Recht und daher nach Art. 13 I nichtig; und deshalb konnte die Frau wie bei jeder nichtigen Ehe mit Erfolg klagen. Klagberechtigung bei nichtiger Ehe hat mit der Begrenztheit des übertretenen Verbots nichts zu tun.[134])

---

[131]) OGH 11. 12. 24, VI Nr. 396. Allerdings ist die Begründung keineswegs zweifelsfrei. Am 16. 12. 24 bestätigte der OHG, VI Nr. 398, die Entscheidung des OLG Graz, das bei einer Ehe zwischen einem öst. Protestanten und einer geschiedenen tschech. (früheren) Kath. das Vorliegen des Hindernisses verneinte.

[132]) S. unten Anhang III 2.

[133]) Welche Verbote in den verschiedenen Staaten begrenzt oder unbegrenzt sind, ist daher nicht an dieser Stelle, sondern in der rechtsvergleichenden Übersicht (im Anhang) darzustellen.

[134]) Grundsätzlich ebenso Habicht B 2 zu 13 (S. 104); abweichend Niemeyer 134. Ihm kommt es auf die Nichtigkeit an. Bestimme auch nur eins der beiden Rechte die Nichtigkeit, so solle dies wirken, auch wenn der Mangel beim anderen Verlobten vorhanden war. Das führt aber nicht weiter. Denn wir wollen ja gerade wissen, wann eine Ehe nach dem sachlichen Recht nichtig ist. Daß aber alle Eheverbote

Die rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, daß nicht die systematische Struktur eines Ehehindernisses dafür ausschlaggebend ist, ob es als begrenztes oder unbegrenztes aufzufassen ist.[135]) Dabei ist es aber in der Regel so, daß der betr. Gesetzgeber bei der Aufstellung der Verbotsnorm eine Ausdehnung auf Ausländer gar nicht im Auge gehabt hat. Lediglich für die eigenen Staatsbürger sind die Eheverbote gedacht. Hierbei kann aber die Frage nach der Begrenztheit des Verbots gar nicht auftauchen. Der Wortlaut des Gesetzes kann also nicht in dem Maße entscheidend sein, wie er es für die nationalprivatrechtliche Auslegung ist.[136]) Bei ihr muß vielmehr der Zweck der Vorschrift in den Vordergrund treten. Es spielen regelmäßig Erwägungen des ordre public, des Schutzbedürfnisses der eigenen Staatsbürger mit. Wenn der öst. OGH das Ehehindernis des Katholizismus früher als unbegrenztes und später als begrenztes ansah, so haben sich seine Auffassungen über den diesbezügl. ordre public, nicht aber hat sich das Wesen des Ehehindernisses geändert. Wenn Estland die Ehe des ausländischen Fallsüchtigen mit einer Estländerin verbietet, so deshalb, um den estländischen Staatsangehörigen zu schützen; handelt es sich um eine in Estland wohnende Dänin, so tut es das kraft der Schutzdelegation des dänischen Rechts.

Immerhin sind gewisse Ungültigkeitsgründe vorhanden, die rechtsvergleichend mit Sicherheit in die eine oder andere Kategorie der Hin-

---

(Fortsetzung von Fußnote 134.)

unbegrenzt wirken, steht mit den Tatsachen im Widerspruch. Niemeyers Beispiel, ein Österreicher entführe eine Deutsche, nach 96 ABGB könne der schuldlose Teil auf Nichtigkeit klagen, würde nur behaupten, daß diese Vorschrift des öst. Rechts ein unbegrenztes Verbot enthalte, nicht aber beweisen, daß es nur derartige unbegrenzte Verbote gibt. Dazu wäre ein induktiver Beweis nötig; dieser muß scheitern. Gegen Niemeyer auch Kahn 208. (Im übrigen trifft das Beispiel nach Ansicht Habichts a. a. O. nicht zu, ebenso m. E. das Beispiel der in Österreich wegen Betrugs n i c h t i g e n Ehe. Es liegt nur Anfechtbarkeit vor: Klang-Lenhoff III z. 94 S. 634. Daß aber dieser Anfechtungsgrund ein unbegrenzter sei, ist nicht anzunehmen; kein Anzeichen spricht dafür.)

Wenn Planck N. 2 a. E. zu 13 sagt, die Nichtigkeit wirke begrifflich für beide Teile, so meint er damit nur, daß dies dann der Fall sei, w e n n die Ehe auf einer Seite nichtig sei. O b dies der Fall ist, kann aber einzig und allein das jeweils verletzte Eheverbot des Staates lehren, nach dessen Recht die Ehe ungültig sein könnte.

Im wesentlichen stimmt auch das Urteil des trib. civ. de la Seine 5. 5. 19 Rev. 1919, 552 mit den im Text dargelegten Grundsätzen überein. Ein Spanier hatte eine Französin geheiratet, deren erste Ehe geschieden war und deren erster Mann noch lebte. Seine Nichtigkeitsklage wurde abgewiesen.

[135]) Neuerdings betont auch Frankenstein III 89, die Unabhängigkeit der begrifflichen Struktur des Ehehindernisses von seiner praktischen Ausgestaltung.

[136]) Ebenso Raape A II 3 a z. 13 (S. 235.)

dernisse eingeordnet werden können. Allerdings kann das jeweilige Bedürfnis eines Staates hier jederzeit Ausnahmen schaffen.[137])

Man wird die Ungültigkeitsgründe, die in den wechselseitigen Beziehungen der Ehegatten zueinander wurzeln, meistens zu den unbegrenzten Verboten zu rechnen haben, zu den begrenzten diejenigen, die nur „in Ansehung eines der Verlobten" bestehen. Hierher gehören regelmäßig die Anfechtungsgründe (besonders Willensmängel incl. der Einwilligung des ges. Vertreters) sowie die Ehefähigkeitsvoraussetzungen (z. B. Ehemündigkeit): sie alle haben ihren Ursprung nur in der Einzelperson eines Verlobten. Als unbegrenzte Verbote, die aus der Wechselbeziehung der Eheleute herrühren, kommen vor allem Verwandtschaft, Schwägerschaft, Ehebruch in Betracht. Für die Unzulänglichkeit dieser systematischen Unterscheidung aber zeugt insbesondere das Ehehindernis der Bigamie, das durchgehend als unbegrenztes begrenztes angesehen wird. Der obigen Systematik nach gehörte es aber zu den Ehefähigkeitsvoraussetzungen, die nicht auf der Wechselbeziehung der beiden Ehegatten basieren. Das impedimentum disparitatis cultus müßte notwendig unbegrenzt sein, in Österreich wird es aber vielfach als begrenzt angesehen.

Wir sehen: die Frage nach dem Wirkungsbereich eines Ehehindernisses ist abstrakt nicht zu beantworten. Entscheidend ist immer nur das Recht, das es im Einzelfall maßgeblich aufstellt. Ist danach die Ehe nichtig, so ist sie gemäß Art. 13 I auch in Deutschland für ungültig zu erklären.

Anhang.

Die Begrenzung der wichtigsten Eheverbote.

Die folgende Übersicht soll zu einer kurzen Orientierung darüber dienen, ob das von einer Rechtsordnung aufgestellte Hindernis im Sinne der obigen Ausführungen als begrenztes oder unbegrenztes anzusehen ist. Berücksichtigt sind lediglich die für die deutsche Praxis wichtigsten Hindernisse, bei denen die Frage auftaucht.

I. Hindernis des Ehebandes.

1. Hindernis des Katholizismus.[138])
Die Entwicklung seiner Begrenzung ist bereits oben (S. 34) angedeutet worden.[139]) Es seien hier einige Ergänzungen hinzugefügt.

---

[137]) Zum folgenden insbes. Habicht II B 2 z. 13 S. 102/3.

[138]) Vgl. dazu auch P. P. Burkart, Das Ehehindernis des Katholizismus Ger. Z. 1924, 129 ff u.: Ehetrennung und der Staatsvertrag von St. Germain, ZBl 1924 (42) S. 534 ff. Burkart versucht zu beweisen, daß auf Grund des Friedensvertrages auch im Ziv. Recht volle Religionsgleichheit zu herrschen habe und daher alle auf religiöser Grundlage beruhenden Hindernisse unzulässig und aufgehoben seien.

Zum österr. Recht der materiellen Eheungültigkeit, vor allem in prozessualer Hinsicht, ist das am 1. 5. 34 in Kraft getretene Konkordat zwischen dem Heil. Stuhl und der Republik Österreich v. 5. 6. 33 zu beachten; s. dazu Walker 611—13.

[139]) Vgl. auch den Überblick b. Nußbaum 138.

Die nahezu unübersehbare Fülle der Entscheidungen und Literatur zu dieser Frage innerhalb und außerhalb Österreichs[140]) hat letzten Endes eine klare Lösung nicht zu bewirken vermocht. Das liegt hauptsächlich in der Verquickung zweier Fragen, die, dogmatisch gesehen, nichts miteinander zu tun haben, wenn sie auch praktisch (rechtspolitisch) ineinander greifen.

Die eine geht dahin zu fragen, ob ein Katholik, der z. B. nach den öst. Hofdekreten einen geschiedenen Akatholiken nicht heiraten darf, dies auch dann nicht tun darf, wenn letzterer Ausländer ist; noch krasser: ob ein öst. Protestant einen im Ausland geschiedenen ausländischen Katholiken heiraten darf. Das letzte im folgenden beibehaltene Beispiel zeigt deutlich, daß es sich um die Frage nach der Begrenztheit des Ehehindernisses handelt. Denn dieses geht seinem Sinn nach dahin, dem K a t h o l i k e n die Ehe zu verbieten. Es ist unbegrenzt, wenn es sie auch dem ausländischen geschiedenen Katholiken verbietet.

Die zweite Frage hängt zwar praktisch sehr eng hiermit zusammen, ist aber dennoch von ihr zu trennen. Die Frage nämlich, ob ein Ausländer geschieden ist, ob sein Eheband getrennt ist, muß gegenüber dem Ehehindernis des Katholizismus als Vorfrage angesehen werden: Erkennt etwa Österreich diese (ausländische) Scheidung des ausländischen Katholiken an, so kann auch kein Ehehindernis des Bandes, speziell des Katholizismus vorliegen. Doch führt gerade diese Fragestellung, die in Österreich seit 1907 die Regel ist,[141]) nicht zu einer Klärung des Hauptproblems; zudem ist sie int. privatrechtlich nicht korrekt.[142])

Denn das eine Auslandscheidung anerkannt wird, bedeutet nicht notwendig, daß damit für alle Fälle auch das Eheband als getrennt anzusehen ist. Ein ähnlicher, auch in Deutschland wiederholt diskutierter Fall ist der, daß eine deutsche Scheidung zweier nach ihrem Heimatrecht unscheidbarer Ausländer die Auflösung des Bandes nicht notwendig bewirkt, was sich z. B. dann zeigt, wenn einer dieser geschiedenen Gatten sich in Deutschland wider verheiraten will. Die

---

[140]) Vgl. bes. Kahn 240 — 41 Anm. 46; Walker (603 ff., 621 ff., 631 ff); s. auch Raape H z. 17 S. 418 ff.

[141]) Vgl. Walker 635.

[142]) Von Hofmannsthal JW 1925, 1687, bemerkt, daß auch dem nationalen Recht nicht genügt sei. „Ein Trennungsurteil ist ein Trennungsurteil. Es löst die Ehe auf und ermöglicht die Wiederverehelichung. Das Hofdekret verbietet t r o t z d e m die Ehe mit einem ledigen Katholiken. Man kann nicht ausländischen Trennungsurteilen eine weitergehende Wirkung einräumen als inländischen und annehmen, daß sie die Ehe gründlicher trennen als letztere, also noch dort eine Wirkung äußern, wo diese versagen. Nicht weil das öst. Trennungsurteil die akatholische Ehe nicht gründlich genug trenne, greift das impedimentum ein, sondern trotzdem s'e es so gründlich als nur möglich tut," mit Rücksicht auf die konfessionellen Prinzipien, die das öst. Eherecht beherrschen. Vgl. dazu auch Fle'scher JW. 25, 21, 71.

Zur neueren öst. Judikatur: Kößler, Probleme des internationalen Rechts in der neueren Ziviljudikatur des Wiener OGH. Berlin 1930. Dazu Pappenheim, Rab Z 5 (1931) 901 ff.

Anerkennung unserer eigenen deutschen Scheidung steht natürlich außer Frage, und doch verneinen wir — vom ordre public sei abgesehen — die Lösung des Bandes im Hinblick auf das Heimatrecht.[143])

Wollte man die Unbegrenztheit des Ehehindernisses bejahen, so hätte man folgendes zu sagen: erkennt das öst. Recht die ausländische Scheidung nicht an, so ist die nachfolgende Ehe des geschiedenen Ausländers mit dem Österreicher schon als bigamisch nichtig. Erkennt Österreich die Scheidung aber an, so wäre zu unterscheiden:

a) der geschiedene Ausländer heiratet einen Österreicher. Für diesen Fall läßt der universale Geltungswille des kath. Ehehindernisses das Eheband trotz der an sich rechtsgültigen Scheidung nicht als getrennt erscheinen. Denn wenn der geschiedene kath. Ausländer einen Österreicher heiratet, gerät er in den Verbotskreis der öst. unbegrenzten Hindernisse.

b) der geschiedene Ausländer heiratet einen (selbst katholischen) Ausländer. Diese Ehe ist auch in Österreich gültig. Denn daß ein öst. Ehehindernis national unbegrenzt ist, bedeutet nicht — darauf wurde oben S. 35 schon hingewiesen — daß damit die Personalanknüpfung der öst. Staatsangehörigkeit überhaupt überflüssig sei. Solches ginge über die Wirkung der Unbegrenztheit hinaus und wäre bereits reiner Ausfluß des ordre public.[144]) Vielmehr sprechen wir von national unbegrenzten Hindernissen nur dann, wenn das Eheverbot sich nicht nur auf den eigenen, sondern auch auf den fremden Staatsbürger erstreckt:

> aber einer von beiden Ehegatten muß Angehöriger des betreffenden Staates sein, sonst ist nämlich die Anwendung des Eheverbotes (auf zwei Ausländer) eine noch weitergehende Wirkung, die wir lediglich dem ordre public zurechnen.

Hierbei zeigt sich eins ganz besonders deutlich: die Frage, ob das Verbot nur für den eigenen Staatsbürger gilt (begrenzt ist), oder auch für den ausländischen Ehepartner (unbegrenzt), oder gar für zwei Ausländer (ordre public), ergibt eigentlich nur eine graduelle Verschiedenheit, eine Stufenleiter des ordre public. Ihre einzelnen Sprossen zu scheiden, ist hier kurz versucht worden, und das mag zu der wiederholt ausgesprochenen Erkenntnis beitragen, daß die Frage nach der Begrenztheit des Verbotes keine dogmatische ist.

Wenn wir also feststellen können, daß heute in Österreich das Hindernis des Katholizismus als begrenztes anzusehen ist, so ist dem vom konstruktiven Standpunkt aus nichts hinzuzufügen.[145])

2. Hindernis der Bigamie (insbes. Dispensehe).

Ungleich verworrener als die Rechtsprechung zum Ehehindernis des Katholizismus gestaltet sich die Beurteilung der Dispens- oder Sever-Ehen, eines ausschließlich öst. Instituts. Obwohl das Band der kath.

---

[143]) Vgl. dazu die ausführl. Bemerkungen Frankensteins III 101/2 mit Literatur.

[144]) Die öst. Rechtspr. hat zuweilen diese Wirkung angenommen: vgl. die bei Walker, 632 Anm. 81, zitierte Entscheidung des OGH vom 1. 7. 03.

[145]) Auch das spanische Recht kennt das Ehehindernis des Katholizismus. Über dessen Begrenzung s. die bei Frankenstein III 92 Anm. 129 angeführte Rechtsprechung u. Literatur.

Ehe nicht trennbar ist, haben die öst. Verwaltungsbehörden in der Nachkriegszeit Befreiung vom „Hindernis des Ehebandes" gewährt.[146]) Die daraufhin eingegangenen Ehen hat der OGH für nichtig erklärt; der Verfassungs GH zuerst die Befugnis der Gerichte zur Beurteilung des verwaltungsrechtlichen Dispenses verneint, hat sich aber später für unzuständig erklärt. Die deutschen Gerichte haben sich auf den Standpunkt des öst. Gesetzestextes gestellt und die zweite Eheschließung abgelehnt.[147]) Tut man dies aber einmal, so hat man auch die Nichtigkeit der Dispensehe auszusprechen und zwar selbst dann, wenn beide Gatten Österreicher sind.[148]) Das ist nicht etwa eine über die durch das Völkerrecht bestimmten Grenzen des IPR insofern hinausgehende Regel, als damit in die absoluten Hoheitsbefugnisse eines Staates gegenüber dessen eigenen Bürgern eingegriffen würde: vielmehr wäre dies nur dann der Fall, wenn ein Staat gegenüber seinen Bürgern Akte vorgenommen hat, die nach seinen eigenen Gesetzen g ü l t i g sind. Sind sie aber u n g ü l t i g, so kann auch in einem anderen Staate diese Ungültigkeit ausgesprochen werden.

Denn würde man dies ablehnen, so käme man zu einer unhaltbaren Begrenzung eines Ehehindernisses: man erklärte damit das Ehehindernis der Bigamie für ein b e d i n g t unbegrenztes, bedingt im Hinblick auf die öst. St. Angeh. beider Ehegatten. Sonst wird nämlich das Ehehindernis der Doppelehe allgemein als unbegrenztes angesehen; die Ehe ist also auch dann in Deutschland nichtig, wenn der Heimatsstaat dem Ausländer die Doppelehe erlaubt. Hier erstreckt sich das deutsche Bigamieverbot auch auf den Ausländer; und eben dasselbe ist von allen ausländischen Bigamieverboten zu sagen. Dieser Fall kann auch in den Grenzen der modernen Kulturstaaten vorkommen, und zwar dann, wenn der Urteilsstaat die im Ausland erfolgte Scheidung eines Ausländers, die in dessen Heimatstaat anerkannt wird, nicht anerkennt. Je nachdem man nun die Ehefähigkeit des Ausländers nach seinem Heimatrecht allein beurteilt oder demgegenüber auch

---

[146]) Diese Befreiung schließt natürlich auch die vom Hindernis des Katholizismus in sich.

[147]) Ausführliche Nachweise zu dieser ganzen Frage bei Raape A III 3 z. 13 S. 240 ff. Im Ergebnis ebenso Frankenstein III 95/96, der die Frage auf folgende Art zu lösen versucht: „Für Deutsche ist das Ehehindernis der bestehenden Ehe zweiseitig. Will ein Deutscher eine separierte Österreicherin heiraten, so kann d. österr. Dispens zwar das Ehehindernis für die Österreicherin beseitigen, für den Deutschen aber nicht." Und zwar deshalb, weil das deutsche Recht einen Dispens vom Eheband nicht anerkenne. Diese Lösung ist dann richtig, wenn das Ehehindernis der Bigamie nach deutschem Recht wirklich ein unbegrenztes ist u n d wenn, was allerdings schon zweifelhaft ist, diese grundsätzliche Nichtanerkennung des Dispenses internationalprivatrechtlich zulässig ist. Denn hält man den österr. Verwaltungsakt für gültig, so kommt nach deutscher Auffassung seine Wirkung der einer Eheauflösung gleich, und dann wiederum ist seine Nichtanerkennung unberechtigt. Und o b der Dispens gültig ist, das ist ja grade die Frage, die Frankenstein umgehen will.

[148]) Ebenso Raape a. a. O. 3 b Ziff. 7 S. 242; Stölzel 136; a. A. Nußbaum 135 Anm. 5.

die Nichtanerkennung des ausländischen Scheidungsurteils ins Gewicht fallen läßt, erklärt man die zweite Ehe für gültig oder für ungültig.[149])

Im übrigen ist die Polygamie als solche gestattet in den unter der Herrschaft des Islam lebenden Völkern, vor allem in Abessinien und vielen Teilen Afrikas und Asiens: z. T. in Arabien, Persien, Afghanistan, Marokko, Ägypten, ferner im Hindurecht. Die Bigamie ist in einem Sonderfall auch in China gestattet.[150]) Bei Ehen von Angehörigen dieser Rechtskreise mit Ausländern kann überall die Frage nach der Begrenztheit des Mehreheverbotes auftreten.

II. Ausschließlich religiöse Hindernisse.

1. Ehehindernis der Religionsverschiedenheit.

Dieses u. a. in Polen, Finnland, Serbien[151]) bekannte Hindernis ist auf seine ipr. Bedeutung hin besonders eingehend in Österreich (§ 64 ABGB) untersucht worden. Die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift ist ausnahmsweise sehr aufschlußreich. Man geht aus von dem § 72 I 3 des Westgaliz. GE:[152]) „Eheverträge zwischen christlichen Einwohnern dieses Landes mit Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen, sind an und für sich ungültig". Bei der Beratung der Hofkommission in Gesetzsachen (Sitzung vom 22. 8. 1802) wurde protokolliert:[152]) „da man das Wort ‚Einwohner' bloß auf die Untertanen beziehen könnte, und man dennoch auch Fremden, die sich bei solcher Religionsverschiedenheit verehelichen wollten, keinen Beistand gewähren würde, so schlugen das inneröster reichische (Appellations-) Gericht und die hiesige (Wiener) Universität vor, den Paragraphen so zu textieren: Eheverträge zwischen Christen und Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen[153]), sind ungültig". Der heutige Paragraph 64 hat eine andere Sanktionsformel: „... können nicht gültig eingegangen werden".

Wir haben also hier den seltenen Fall vor uns, daß der Gesetzgeber bereits bei Aufstellung eines Hindernisses dessen internationale Geltung beabsichtigte. Nun ist aber eins nicht zu übersehen: gegenüber dem Westgaliz. GB ist die Änderung im ABGB zur unbegrenzten Norm offensichtlich; nimmt man letztere aber für sich, so unterscheidet sie sich in nichts von einem gewöhnlichen Eheverbot: ihr ipr. Charakter geht aus der Norm selbst n i c h t hervor. Auch hier ist man daher berechtigt — entgegen dem Willen des Gesetzgebers —, die Vorschrift, soweit ihr Wortlaut es gestattet, den veränderten Zeitumständen anzupassen und sie zur begrenzten oder unbegrenzten Norm zu erheben.

Wie fast überall, so sind auch hinsichtlich des Paragraphen 64 ABGB alle Versuche, die Begrenzung der Norm aus ihr selbst als ju-

---

[149]) S. zu diesen vor allem unter § 328 ZPO gehörenden Fragen Raape H z. 17 (S. 418 ff.).

[150]) Rvgl. HWB II 695. Über Besonderheiten im russ. Recht vgl. Freund LL IV 1 S. 334.

[151]) Rvgl. HWB II S. 701; Beer NZ 19, 4 Anm. 3.

[152]) Zit. b. Pappenheim NZ 15 S. 12.

[153]) Vgl. über die Frage, welche Bekenntnisse „christlich" im Sinne des Gesetzes sind, Walker 601; Pappenheim a. a. O. 17, 18.

ristisch notwendigen Folgesatz abzuleiten, von vornherein zum Scheitern verurteilt.

So sollte die Begrenztheit durch folgende Argumente bewiesen werden: während man früher vielleicht hätte annehmen können, daß das Gesetz auch die Ehe von (östr.) Juden mit (ausl.) Christen vor Zerwürfnissen habe schützen wollen, die sich durch Mischehen ergäben, sei dies heute nicht mehr möglich. Denn durch die öst. interkonfessionellen Gesetze sei die Ehe von Juden mit Konfessionslosen erlaubt worden.[154]) Alleiniger Sinn der Verbotsnorm könne es daher nur sein, daß Christen unfähig sein sollen, die Ehe mit Nichtchristen einzugehen (so Svod-Sakonov 85; vgl. auch 87, 90, 37 Ziff. 7).[155]) Daher komme § 64 nicht in Betracht, wenn ein öst. Jude eine ital. Christin heiratet.[156])

Der Schluß ist aber keineswegs zwingend, denn ich gebe zwar auch zu, daß das Eheverbot des § 64 sich nur an Christen wende; aber wendet es sich nur an öst. Christen? Das ist doch gerade die entscheidende Frage, die Kahnsche Folgerung kann daher zutreffen;[157]) aber so wie sie abgeleitet ist, stellt sie nichts weiter als eine petitio principii dar. Mit eben demselben Recht sind daher z. B. Walker, Beer, Raape, Czyhlarz[158]) für die Unbergrenztheit des Ehehindernisses eingetreten. Auch der OGH hat sich dem verschiedentlich angeschlossen. So erklärte er für ungültig die Ehen zwischen einem öst. Juden und einer sächs. Protestantin;[159]) zwischen einem öst. Konfessionslosen und einer deutschen Protestantin;[160]) zwischen einer öst. Jüdin und einem deutschen Katholiken.[161]) Allerdings liegen diese Urteile vor 1907. Später tritt dieses Hindernis in der Rechtsprechung als Ungültigkeitsgrund mehr zurück. Denn seitdem der OGH den nach öst. Recht an sich ungültigen Ehen wegen § 4 ABGB Gültigkeit dann zuerkennt, wenn sie im Ausland geschlossen wurden und nach Absicht der Gattin in Österreich keine Wirkungen hervorbringen sollen, wurde dies bei vielen Auslandsehen angenommen.[162])

Sicher ist, daß das Ehehindernis der Religionsverschiedenheit wenn nicht schon heute, so doch in Zukunft ein begrenztes sein wird. Zweifel an seiner inneren Berechtigung bestehen schon lange. So sagt Walker,[163]) es stehe die Religionsverschiedenheit einem fried-

---

[154]) Pappenheim a.a.O. S. 17.

[155]) Anders Walker 601/2, der mit der gegenteiligen Behauptung das Gegenteil beweisen will.

[156]) Kahn 204; zustimmend Pappenheim a.a.O. S. 16—17.

[157]) Das betont besonders Frankenstein III 93.

[158]) Walker a.a.O.; Beer NZ 19, 6, 7; Raape A III 2 z. 13 S. 239; Czyhlarz 14.

[159]) OGH 2. 4. 02, Gl U NF 1832, zit. b. Walker 621.

[160]) OGH 1. 7. 03, Gl U NF 2365, zit. b. Walker 622.

[161]) OGH 19. 12. 05, Gl U NF 4473, zit. b. Walker 622.

[162]) Vgl. Walker 622 ff. Dies führt übrigens zu eigenartigen Konsequenzen. Ein öst. Jude heiratete in New York eine öst. Christin. Die Ehe wurde nicht nur für gültig, sondern auch für untrennbar erklärt. (OGH 17. 12. 09 J-F. Nr. 83, zit. b. Walker 624 Anm. 66.

[163]) Walker 535, 4. Aufl. (in der 5. Aufl. fehlt diese Bemerkung). Übrigens ist ein Dispens möglich, vgl. Walker 602 Anm. 14, wenn

lichen Zusammenleben der Ehegatten viel weniger entgegen als die Verschiedenheit der Bildung, des Charakters, als nationale Gegensätze und Rassenunterschiede.

Hinsichtlich letzterer sowie der ähnlich zu behandelnden Kastenunterschiede kann die Begrenzung des Verbots ebenfalls zweifelhaft sein. Auch hier entscheidet das einzelne Recht.[164]) Aber eher noch als beim Ehehindernis der Relg. Versch. kann man hier die Unbegrenztheit des Verbots vermuten, da meistens der ordre public stärker berührt ist.

2. Ehehindernis der höheren Weihen.

Auch hier steht an Bedeutung das öst. Recht für uns an erster Stelle.[165]) Ein systematischer Unterschied zum Ehehindernis der Rel. Versch. liegt darin, daß dieses im Verhältnis der Ehegatten zueinander, das der höheren Weihen aber allein in der Person des Mannes begründet liegt. Auch hier hat sich der OGH für die Unbegrenztheit entschieden: ein Deutscher hatte die Priesterweihe als kath. Geistlicher empfangen und war dann aus der Kirche ausgetreten und Protestant geworden. Sein Heirat mit einer öst. Protestantin wurde für ungültig erklärt.[166]) Auf der Haager Konferenz glaubte man übrigens, einen solchen Fall nach öst. Recht gerade entgegengesetzt entscheiden zu müssen, indem man sagte:[167]) „Der (deutsche) Priester ist ehefähig, die öst. Frau ist es auch, da die Regel des öst. Rechts nicht ist, daß eine Österreicherin keinen Priester heiraten kann, sondern daß ein öst. Priester sich nicht verheiraten kann, was sehr verschieden ist". Man hätte auch hier besser getan, nicht nach der Ehefähigkeit der öst. Frau zu fragen, sondern nach der des deutschen Priesters, die ohne weiteres bejaht wurde: erstreckt sich das Verbot des öst. Rechts auch auf ihn, den Ausländer? A priori ist es aber unrichtig zu sagen: „Es kann nicht die Religionsangehörigen treffen, die nicht auch Staatsangehörige sind".[168]) Ein anderes ist es, wenn Kahn sagt,[169]) man dürfe sich bei der Begrenzung des Hindernisses nicht durch die dem religiösen Hindernis naturgemäß innewohnende Kraft zu universeller Geltung beirren lassen. Es kommt eben jeweils in der einzelnen Rechtsordnung darauf an, wie rein das religiöse Gesetz in der Anwendung des staatlichen zum Durchbruch kommt.

(Fortsetzung von Fußnote 163).
er auch selten genug erteilt wird. Sogar nach Abschluß der Ehe wurde in einem Sonderfall Dispens vom Ehehindernis erteilt; allerdings schlossen daraufhin die Ehegatten die Ehe vorsichtshalber noch einmal: vgl. Fraus, JBl 06, 366/67 (als interessante Parallele hierzu s. § 1328 II BGB).

[164]) Ebenso Frankenstein III 93.

[165]) Bekannt ist das Ehehindernis ferner in Kongreßpolen, Kroatien und Slavonien, Spanien, Montenegro (vgl. Walker, 610); bedingt auch in den russischen Randstaaten; Bulgarien, Jugoslawien (Rvgl. HWB. II 697).

[166]) OGH v. 17. 10. 11 J-F. Nr. 98; zustimmend Walker 610 ebenso Czyhlarz 14 Anm. 3.

[167]) Actes III 169.

[168]) Kahn 205. Gegen ihn auch Frankenstein III 94 Anm. 136.

[169]) a. a. O.

III. Ehehindernisse der körperlichen Gebrechen.

1. Ehehindernis der Impotenz.

Bekannt ist es in Spanien, Österreich, Italien, Ungarn. Auch hier kommt es wesentlich auf den Zweck der Vorschrift an. Soll dem Impotenten die Ehe verboten werden, oder soll der andere Ehegatte geschützt werden? Ich glaube, man wird mit Kahn[170]) das letztere annehmen müssen und daher als unter § 60 ABGB nicht die Ehe zwischen einem impotenten Österreicher und einer Deutschen fallen lassen, wohl aber umgekehrt die Ehe einer Österreicherin mit einem impotenten Deutschen. Denn in der Tat wird man in einem Verbot der Impotenten-Ehe schwerlich einen anderen Grund finden können, als den Schutz des gesunden Teils. Daher heißt es auch im italienischen cc Art. 107: die offenbare und immerwährende Impotenz, welche bereits vor der Verehelichung bestand, kann von dem anderen Ehegatten als Grund der Nichtigkeitserklärung angeführt werden.[171]) Allerdings ist dies keineswegs entscheidend, wie alsbald gezeigt werden wird. Aufschlußreicher aber ist es, wenn das ungarische Recht dieses Ehehindernis in eine Linie mit Drohung und Irrtum stellt.[172]) Ganz ähnlich wird die Entscheidung im russisch-litauischen Rechte lauten müssen, wo die Eheschließung von Personen über 80 Jahren verboten ist.[173]) Auch hier ist Begrenztheit des Hindernisses anzunehmen.[174])

2. Ehehindernis der Epilepsie.[175])

Es ist richtig, daß dieses u. a. in Dänemark, Norwegen, Schweden, Estland, Bulgarien bekannte Hindernis dem der Impotenz sehr ähnelt. Aber doch nicht ganz. Die Ehe eines Impotenten hat niemandem Dritten gegenüber schädliche Wirkungen, die es angezeigt erscheinen lassen können, das Hindernis zu einem unbegrenzten auszudehnen. Der Fallsüchtige dagegen kann z. B. eine kranke Nachkommenschaft erzeugen. Man kann daher sehr wohl annehmen, daß die Ehe nicht nur des gesunden Ehegatten wegen verboten wird, daß also das Verbot an den Kranken in gewissem Sinne Selbstzweck ist. Im schwedischen Recht hat zwar lediglich der Gesunde das Recht, die Nichtigkeit geltend zu machen,[176]) aber doch nur deshalb, weil man es dem Kranken selbst nicht geben wollte und man das Interesse des Staates andererseits nicht für so stark hielt, daß man das Hindernis zu einem öffentlichen ausgestaltet hätte. Es wären also die Ehe einer fallsüchtigen Schwedin mit einem Franzosen nichtig, wobei dieser das Recht der Geltendmachung aus dem schwedischen Recht erhält; ebenso aber auch die Ehe zwischen einem Schweden und einer fallsüchtigen Französin, wobei jener das Recht zur Geltendmachung aus seinem Heimatrecht erhält. Im ersten Fall kommt das Hindernis nur begrenzt

[170]) a. a. O. 203. Ebenso Beck N. 23 zu Art. 7 c.

[171]) Staffler, ital. ZGB, Bolzano 1930.

[172]) Actes III 16 Note 1.

[173]) Makarov LL IV 1 S. 465.

[174]) Ebenso Kahn 203.

[175]) Ähnlich sind zu behandeln das Ehehindernis der Geschlechtskrankheit (Lettland, verschiedene USA-Staaten, Dänemark, Norwegen); des Aussatzes (Estland, Norwegen), Rvgl. HWB II 696.

[176]) Vgl. Björling LL IV 1 S. 628, 639.

zur Geltung,[177]) da sich das schwedische Eheverbot an die kranke Schwedin wendet; im zweiten dagegen auch unbegrenzt. Denn hier verbietet das schwedische Recht der Französin die Ehe mit dem gesunden Schweden; und der Reflex dieses Verbotes zeigt sich darin, daß dem Schweden ein Anfechtungsrecht eingeräumt ist.[178]) Nach estländischem Recht wird man das Ehehindernis ebenfalls für ein unbegrenztes halten müssen; umsomehr, als hier nicht bloß Anfechtbarkeit sondern Nichtigkeit bestimmt ist.[179])

3. Ehehindernis der Geisteskrankheit.

Man wird sagen, daß dieses Hindernis jedenfalls die grundsätzlich gleiche Behandlung verdiene, wie das soeben besprochene der Epilepsie. Dennoch möchte ich dies verneinen; gerade hier wird deutlich, daß eine Begrenzung des Hindernisses nach seiner systematischen Struktur verfehlt ist.

Denn die Nichtigkeit der Ehe eines Geisteskranken ist in allen kulturwichtigen Gesetzen enthalten. Ist dies aber der Fall, so besteht für die einzelne Rechtsordnung kein Grund, sein eigenes Ehehindernis der Geisteskrankheit als unbegrenztes aufzufassen; und das wird auch nicht deswegen anders, weil die eine oder andere Rechtsordnung zur Vernichtung vielleicht noch die Entmündigung des Geisteskranken fordert, oder weil die Auffassungen hinsichtlich der Urteilsfähigkeit verschieden sind. Wenn also ausnahmsweise eine Rechtsordnung die Geisteskrankheit seines Angehörigen nicht berücksichtigt, obwohl dies nach der des anderen Teiles notwendig wäre, so bleibt die Ehe gültig: es entscheidet in Ansehung jedes Gatten sein Heimatrecht. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß in dem einen oder anderen Lande das Hindernis als unbegrenztes angesehen wird. Die Vermutung spricht allerdings nicht dafür.[180])

IV. Ehehindernis der Verwandtschaft.

Die reinen Verwandtschaftshindernisse sind überall unbegrenzt. Die Geschwisterehe ist gleichermaßen dem Bruder wie der Schwester verboten, die Ehe zwischen Onkel und Nichte dem einen wie der anderen.

Das gleiche wird wohl meistens von den Abarten dieses Hindernisses gelten, so von dem Hindernis der Schwägerschaft, der affinitas illegitima, der Milchverwandtschaft, der geistlichen Verwandtschaft. Bei der Adoption ist es schon zweifelhaft; in Deutschland hindert sie die Ehe aufschiebend und bindet nur den Adoptivvater, der seinen Einfluß nicht mißbrauchen soll. Darin wird man auch durch den Wortlaut des § 1311 BGB bestärkt. Hier heißt es ausnahmsweise: der Annehmende „darf mit ihm (dem Angenommenen) oder dessen Abkömmlingen eine Ehe nicht eingehen", während es sonst heißt: „Eine

---

[177]) Raape A II 3 a zu 13 (S. 235).

[178]) Hier wird übrigens ein Vorzug der Terminologie vom national „begrenzten" und „unbegrenzten" Verbot deutlich. Denn es wäre wenig glücklich zu sagen, das schwedische Recht verbiete dem gesunden Schweden, die kranke Französin zu heiraten, gebe ihm aber — falls er es doch getan hat — ein Anfechtungsrecht.

[179]) Koch LL IV 1 S. 588, 608.

[180]) a. A. Beck Art. 7 c N. 23.

Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen ..." (§§ 1310, 1312 BGB). Dieser Schluß läßt sich auch bei der Auslegung der gleichen ausländischen Hinerdnisse verwenden.[181]) Ähnliches gilt von dem bedingten Eheverbot zwischen Vormund und Mündel.[182])

V. Hindernis des Ehebruchs.

Die Ehe eines geschiedenen Ehebrechers mit der Mitschuldigen ist in den meisten Kulturländern erlaubt, in Deutschland, Holland, Österreich, Griechenland, Finnland z. B. verboten.[183]) In Deutschland ist die allgemeine Meinung für die Anwendung des Hindernisses als eines unbegrenzten.[184]) Dem ist wegen des Zweckes der Vorschrift zuzustimmen: es soll die Ehe als solche zwischen diesen beiden verhindert werden. Auch der Wortlaut spricht dafür.[185]) Ähnlich hieß es auch im alten finnischen Recht (Ehegesetz Kap. II § 11)[186]): „Diejenigen, welche miteinander Ehebruch getrieben haben, können eine Ehe nicht schließen, auch wenn der unschuldige Gatte tot ist."[187]) Danach wäre die Ehe zwischen einem Deutschen oder Finnen und einer verheirateten Engländerin, mit der er die Ehe gebrochen hat, auch nach erfolgter Scheidung der englischen Ehe nichtig gewesen. Durch das Ehegesetz vom 13. 6. 29 ist das zweifelhaft geworden. Nach § 70 II kann dem schuldigen Ehegatten auf gerichtlichen Ausspruch allgemein für 1 Jahr ein Eheschluß untersagt werden.[188])

Trotz der auf die Begrenztheit des Hindernisses hinweisenden Fassung des Art. 298 des luxemburg. cc hat sich das LG Aachen[189]) für die Unbegrenztheit des Ehehindernisses ausgesprochen. Danach konnte bei einer Ehe zwischen dem deutschen Hauptschuldigen und dem luxemburg. Mitschuldigen die deutsche Befreiung vom Ehehindernis für sich allein nicht die Ehe zulässig machen.[190])

---

[181]) Anders, auch hinsichtlich der ratio der Vorschrift: Wolff § 39 z. Anm. 11 S. 142; Raape A II 3 c z. 13 (S. 238 auch für das schwedische u. schweizerische Recht). Wie der Text Neugebauer 29.

[182]) Übersicht über Länder, in denen die angeführten Hindernisse gelten, im Rvgl. HWB. II 700.

[183]) Übersicht bei Wolff, Fam. Recht, § 15 IV S. 57.

[184]) Bergmann St AZ 1925 103/4; Wolff, Fam. Recht § 39 Anm. 10 S. 142; v. Ammon Bay Z 1933, 137. Stölzel 140 (dort weitere Lit.); Kahn 207; AG. Regensburg v. 9. 2. 31. StAZ 1931, 255; ferner Verfügung des bayer. Justizmin. v. 18. 3. 31., dortselbst zit.; Raape A II 3 b z. 13 S. 236; Frankenstein III 92/3, in Anm. 131 mit Liter. zum holländ. Recht, wo, bei ähnlicher Lagerung des Problems, die Gerichte verschieden entscheiden.

[185]) Darüber, daß die Befreiungsbefugnis nur einem Bundesstaat überwiesen wurde, vgl. Bergmann a. a. O. m. Bezugnahme auf Prot. VI S. 266; Raape a. a. O.

[186]) Bergmann II 144.

[187]) Vgl. Raape a. a. O. S. 237.

[188]) Bergmann Sonderheft II S. 84 ff; vgl. auch Munch-Petersen S. 665.

[189]) Beschl. v. 11. 3. 31, JPRspr. 7 (1932) 140/1, Nr. 67.

[190]) Über die Begrenzung in andern Ländern s. v. Ammon, BayZ 1933, 138.

§ 6.

Anfechtbare Ehe.

Für die Anfechtbarkeit der Ehe gelten ganz entsprechende Regeln wie für die Nichtigkeit. Das Heimatrecht entscheidet, ob in der Person des ihm Unterstehenden ein Ungültigkeitsgrund vorliegt. Dieser kann ein Nichtigkeits- aber auch ein Anfechtungsgrund sein. Da die Anfechtungsgründe durchweg auf begrenzten Verboten beruhen, läßt sich sagen, die „Anfechtbarkeit einer Ehe bestimmt sich nach dem Heimatrecht nur des Anfechtungsberechtigten".[191]) Aber das ist nur eine empirische Regel. Denn denkbar wäre, daß eine Rechtsordnung etwa den Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung oder der Drohung mit unbegrenzter Wirkung ausstattete. Solange dies aber nicht der Fall ist, sind für jeden Verlobten nur die Anfechtungsgründe maßgebend, die nach seinem Heimatrecht gegeben sind; anfechten kann nur der, den seine heimatlichen Sachnormen dazu ermächtigen.[192]) Einige Beispiele aus der Praxis[193]) mögen dies erläutern.

(I) RG 22. 10. 30.[194]) Ein Deutscher hatte in Rußland die Ehe mit einer Russin geschlossen. Er will wegen Irrtums und Drohung anfechten. Das hat nach deutschem Recht zu geschehen.

(II) Bay. ObLG 13. 5. 31.[195]) Ein Österreicher will seine Ehe mit einer Deutschen wegen Eigenschaftsirrtums anfechten. Das zur Anwendung kommende öst. Recht kennt diesen Anfechtungsgrund nicht.

(III) RG 6. 10. 27.[196]) Kennt das zur Anwendung kommende russ. Recht die Anfechtung nicht, so ist sie auch dann ausgeschlossen, wenn nach deutschem Recht ein Anfechtungsgrund bestehen würde.

(IV) KG 14. 6. 13.[197]) Die Parteien sind Schweizer, davon der Kläger Graubündner (das ZGB kam noch nicht zur Anwendung). Das

---

[191]) Wolff S. 121. Ebenso Zit. II 632 ff (634, 641); Habicht 101, 102; Meili-M. 90, 91; vgl. auch Lewald Nr. 111, Nußbaum S. 137.

[192]) Sehr unklar ist der in Recht 1930 Nr. 812 = St. AZ 1930, 254 wiedergegebene Auszug aus einer Entscheidung des RG v. 6. 2. 30: „Für die Anfechtung einer zwischen einem Schweizer und einer Deutschen im Jahre 1925 in Deutschland geschlossenen Ehe sind lediglich die Bestimmungen des schw. Rechts maßgebend. Den Erfordernissen der beiden Heimatrechte der Verlobten muß nach Art. 1 Haag. Abk. (insoweit ist Art. 1 mit Art. 13 I EG nach ständiger Rechtsprechung inhaltsgleich, und daher gilt die Entscheidung auch hier) nur insoweit genügt sein, als es sich um zweiseitige Ehehindernisse handelt, nicht dagegen, insoweit einseitige Ehehindernisse oder Willensmängel in Frage kommen".

[193]) Theoretische Beispiele s. b. Kahn 208, vgl. auch Zit. a. a. O., 645: ein Österreicher heiratet eine Deutsche; er kann die Ehe nicht mehr nach ABGB 58 anfechten, wenn er beim Eheschluß die in ABGB 120 angeordnete Wartefrist übertreten hat (121 ABGB). Andere Anfechtungsgründe bleiben ihm aber erhalten.

[194]) Warn. E. 1931, 329 N. 165, s. a. 1917 N. 210 (RG 3. 5. 17).

[195]) HRR 1931, Nr. 1431.

[196]) Warn. E. 1928, 25, Nr. 13.

[197]) Rspr. 27, 108.

auf die Anfechtungsklage wegen Eigenschaftsirrtums zur Anwendung gelangende Graubündner Gesetz vom 24. 12. 74 kennt nur, wie cc. 180, dem es nachgebildet ist, die Anfechtung wegen e reur dans la personne.

(V) RG 21. 12. 16.[198]) Ein minderjähriger Deutscher heiratet ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters in Dover eine minderjährige Österreicherin. Für die Anfechtungsklage des Mannes ist deutsches Recht maßgebend.

(VI) OLG Frankfurt 14. 3. 12.[199]) Hat sich eine Deutsche beim Eheschluß mit einem Italiener geirrt, so kann sie nach dem BGB anfechten.

(VII) RG 6. 2. 30.[200]) Der Kläger, ein Schweizer, hat die Beklagte, eine Deutsche, in Berlin geheiratet und ficht die Ehe an, weil er sich über die geschlechtliche Unbescholtenheit seiner Frau geirrt hat. Er kann dies nach schweizerischem Recht tun (Art. 1 Haag. Abk. insoweit = Art. 13 I EG).

(VIII) RG 15. 12. 30.[201]) Die Klägerin hatte mit einem Deutschen in Budapest die Ehe geschlossen und ficht jetzt wegen Eigenschaftsirrtums an. Das Berufungsgericht hätte die Staatsangehörigkeit der Klägerin feststellen müssen, weil das ung. Recht gemäß Art. 1 Haag. Abk. (insoweit = Art. 13 1 EG) zur Anwendung kommen würde, wenn sich herausstellt, daß die Klägerin Ungarin ist.

§ 7.

Entscheidungsrecht bei Kumulation verschiedener Wirkungen.

Wir haben bisher die Fälle betrachtet, in denen das eine Heimatrecht Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit bestimmte, in denen auf Grund dessen die Ehe der Ungültigkeitsklage unterlag. Das Heimatrecht des anderen Teils war indessen unanwendbar, es sah hier keine Nichtigkeit oder Anfechtung vor, da es entweder der zugrundeliegenden Tatsache gar keine oder nur begrenzte Ungültigkeitswirkung zusprach. Man kann daher von dem in den bisherigen Fällen dargelegten Zusammentreffen von verschiedenen Heimatsrechten sagen, daß das eine die Ungültigkeit der Ehe und das andere deren Gültigkeit bestimmte. Die Rechtswirkungen des Ungültigkeitsgrundes waren Ungültigkeit der Ehe einerseits, Gültigkeit andererseits. Von diesen Fällen läßt sich mit Recht behaupten, daß das BGB dem Prinzip der Wirkung der ärgeren Hand folge:[202]) bestimmt eine Rechtsordnung Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, so ist die Ehe nichtig oder anfechtbar, wenn auch das andere Heimatrecht sie für gültig erklärt. Diese Geltung der negativ weitesten Rechtsfolge erstreckt sich aber nicht auf das ganze Gebiet des Eheungültigkeitsrechts, wie meist angenommen wird.[203])

---

[198]) JW 1917, 364.
[199]) Frankft. Rdschau. 46, 214 (zit. bei Lewald, Nr. 112).
[200]) JW 1930, 1003.
[201]) Warn. E. 1931, 102, Nr. 49.
[202]) Niemeyer, 134. Zur Kritik s. Frankenstein III 183, Anm. 13.
[203]) Vgl. z. B. Raape A II 2 z. 13, S. 234.

Wie weit sie reicht, kann nur eine Untersuchung der einzelnen Wirkungskumulationen lehren. Es ist nämlich auch möglich, daß beide Heimatrechte auf denselben oder auf verschiedene Ungültigkeitsgründe mit den gleichen oder mit verschiedenen Ungültigkeitswirkungen reagieren. Folgende sind dann auf der einen und anderen Seite denkbar:

(I) Nichtehe — — — — — nichtige Ehe;[204])
(II) nichtige Ehe — — — — — nichtige Ehe;
(III) nichtige Ehe — — — — — anfechtbare Ehe;
(IV) anfechtbare Ehe — — — — — anfechtbare Ehe.

Diese Kumulationen sollen der Reihe nach behandelt werden.

(I) Nichtehe — — — nichtige oder anfechtbare Ehe. Das eine Heimatrecht läßt die Ehe ohne, das andere läßt sie nur nach Urteil ungültig sein. Ob das auf demselben Grund beruht, ist gleichgültig.

Hier gilt allerdings das Prinzip der weitest greifenden Negativwirkung. Die Ehe ist ohne Urteil schlechthin ungültig, wenn etwa ein Deutscher eine noch verheiratete Engländerin heiratet. Denn obwohl die Ehe nach deutschem Recht nur nichtig = vernichtbar ist, bedarf es nach dem gleichermaßen anwendbaren englischen Recht keines Urteils.[205])

Die h. M. entscheidet eben so,[206]) auch das RG hat sich in seiner Entscheidung v. 20. 1. 1928[207]) implicite auf diesen Standpunkt gestellt. Ein noch verheirateter Schweizer war mit einer Deutschen eine Ehe eingegangen. Die beiden anwendbaren Rechtsordnungen bestimmen Nichtigkeit, aber nicht Nichtehe, denn sowohl § 1329 BGB wie § 121 ZGB verlangen einen gerichtlichen Ausspruch. Damit wird zugleich vom RG. ausgesprochen, daß, wäre nach einem der beiden Gesetze die Ehe eine Nichtehe, diese durchgreifen und ein gerichtliches Urteil überflüssig machen würde.

---

[204]) Oder anfechtbare Ehe. Trifft Nichtehe mit Nichtehe zusammen, so ist die Ehe natürlich ohne Urteil nichtig.

[205]) S. oben S. 9.

[206]) S. insbes. Zit. 623, 24; Wolff, 121, Beck, Art. 7 f N. 151 (für das schweizer Recht); a. A. Niemeyer 135, 36: bestimme das ausld. Recht, daß die Ehe auch ohne Ungültigkeitsurteil nichtig sei, so bleibe dennoch § 1309 BGB gemäß Art. 30 maßgebend, d. h. das deutsche Ungültigkeitsurteil ist aus Gründen des ordre public unerläßlich. Liege also eine gemäß Art. 11 formgültige Ehe vor, so bilde diese gem. § 1309 bis zur ger. Entscheidung ein aufschiebendes Ehehindernis.

Niemeyer erkennt damit allerdings die weitergreifende Wirkung der Nichtehe an, zumindest in dem Falle, daß einer der Ehegatten ohne Ungültigkeitsurteil eine neue Ehe eingehe. Über den beschränkten ordre public, der nur für den die zweite Ehe abschließenden Standesbeamten, nicht aber für den sie nach Abschluß beurteilenden Richter gelten soll, läßt sich streiten. Ich halte ihn hier für überflüssig und in dieser Beschränkung auch aus dem Gesetz nicht ersichtlich. Der Standesbeamte darf, wenn nach ausld. Recht eine Nichtehe vorliegt, ohne weiteres eine zweite Ehe eines der „Ehegatten" zulassen.

[207]) RGZ 120, 35 (37).

(II) Nichtige Ehe — — — nichtige Ehe.

Die anwendbaren Rechtsordnungen knüpfen an denselben Nichtigkeitsgrund verschiedene Rechtsfolgerungen; beide stimmen aber darin überein, daß sie zur völligen Vernichtung der Ehe ein Ungültigkeitsurteil erfordern.

Ein gutes Beispiel bildet der soeben besprochene RG.-Fall. Gleichgültig, ob der Mann oder die Frau oder ein Dritter die Klage erhoben hat: die Ehe wird nach beiden Rechten für nichtig erklärt. Nun sind aber die Folgen des Nichtigkeitsurteils nach schweiz. u. deutsch. Recht nicht die gleichen. So bewirkt oder deklariert nach deutsch. Recht das Urteil Nichtigkeit ab initio, nach schweiz. Recht dagegen nur ex nunc. Was gilt? Nach welchem Recht bestimmen sich die güterrechtlichen Folgen der nichtigen Ehe, die Rechtsstellung der Kinder oder Dritter? Diese Fragen sollen im nächsten Paragraphen untersucht werden; hier handelt es sich um die Frage nicht nach dem „Wirkungsrecht", sondern nach dem „Bewirkungsrecht"; nicht nach dem Recht, das die Rechtsfolgen der Nichtigkeit bestimmt, sondern das bestimmt, ob die Ehe nichtig ist und wie diese Nichtigkeit herbeigeführt wird. Wir fragen an dieser Stelle nach dem vor der endgültigen Vernichtung geltenden Recht, nicht nach dem nachher wirkenden. Erfordern die beiden maßgeblichen Rechtsordnungen ein Nichtigkeitsurteil, so ist dieses unerläßlich. Mehr soll hier nicht festgestellt werden; von einer weitergreifenden Negativwirkung kann nicht gesprochen werden.

Dasselbe muß auch dann gelten, wenn es nicht dieselbe Tatsache ist, auf Grund deren die beiden Rechtsordnungen die Nichtigkeit bestimmen. Denn wenn im Laufe des Nichtigkeitsprozesses die zweite Tatsache vorgebracht wird, die nach dem Heimatsrecht des anderen ebenfalls Nichtigkeit bewirkt, so hat der Richter sie im deutschen Prozeß ebenfalls zu berücksichtigen (vgl. ZPO. §§ 614, 617) und gegebenenfalls auch auf Grund beider Heimatrechte die Nichtigkeit auszusprechen.

(III) nichtige Ehe — — — anfechtbare Ehe.

Wir gehen auch hier davon aus, daß es dieselbe Tatsache sei, an die das eine Heimatrecht Nichtigkeit, das andere Anfechtbarkeit knüpft. Nach h. M. tritt dann diejenige Folge ein, die negativ am weitesten geht.[208]) „Angenommen, beide Brautleute, er Deutscher, sie Schweizerin, standen beim Eheschließungsakt unter Kokaineinfluß und waren aus diesem ‚vorübergehenden' Grunde nicht urteilsfähig, so ist nach deutschem Recht § 1325 BGB. die Ehe nichtig, nach schweizerischem Recht Art. 123 ZGB. anfechtbar. Die weitergehende Folge ist die Nichtigkeit, diese ist also anzunehmen."[209]) Dem kann ich nicht zustimmen. Denn der Grundsatz, daß die am weitesten greifende Rechtswirkung eintrifft, erweist sich als ungenau. Denn darüber, welche Rechtsfolge am weitesten gehe, sagt er nichts aus. Daß die Nichtehe negativ weitergeht als die nichtige oder anfechtbare Ehe, ist sicher. Aber gilt dies auch von der nichtigen

---

[208]) Raape A II 2 z. Art. 13, S. 234; Wolff § 37 I, S. 121; RG 22. 4. 32, RGZ 136, 142.

[209]) Raape, a. a. O., sowie A II 3 a zu 13 (S. 235).

gegenüber der anfechtbaren Ehe? Raape nimmt dies an, ich möchte es verneinen und sagen, daß im Hinblick auf das Erfordernis der Ungültigkeitserklärung beide Institute gleich weit reichen. Bevor nicht die Ehe völlig vernichtet ist, ist sie gleichermaßen nichtig und anfechtbar. Wo eine Rechtsordnung zur Vernichtung das Ungültigkeitsurteil erfordert, da hat die nichtige und ebenso die anfechtbare Ehe vor dem Urteil die gleichen Rechtswirkungen wie die rechtsgültige Ehe. Daß sie bei Nichtigkeit z. B. nach deutschem Recht die latente Vernichtung gemäß § 1329 BGB. durch die Auflösung in sich trägt, spricht nicht dagegen; denn in diesem Fall ersetzt die Auflösung das Urteil und führt die Vernichtung herbei. Vor der Vernichtung ist aber die Ehe sowohl anfechtbar wie vernichtbar. Wird die Anfechtungsklage erhoben, und stellt sich während der Verhandlung der Nichtigkeitsgrund heraus, so ist die Ehe sowohl wegen des Nichtigkeits- wie wegen des Anfechtungsgrundes für ungültig zu erklären. Ließe sich doch auch beim Zusammentreffen verschiedener Heimatrechte oft gar nicht sagen, ob die Nichtigkeit des einen weiter als die Anfechtbarkeit des anderen reicht. Bis zum Urteil sind beide gleichberechtigt.[210])

Wie aber, wenn die Ehe durch Auflösung nach § 1329 BGB vernichtet wird, ohne daß vorher im Prozeß auch der Anfechtungsgrund hat geltend gemacht werden können? Hier ist die Ehe nur nichtig, denn die Vernichtung ist nicht auch auf Grund des Anfechtungsgrundes eingetreten.

Wie, wenn die Ehe durch Anfechtung vernichtet wurde, ohne daß der Nichtigkeitsgrund bekannt war und berücksichtigt werden konnte? Hier ist die Ehe grundsätzlich nur durch Anfechtung vernichtet. Nur wenn das deutsche Recht als Heimatrecht beteiligt war,[211]) gilt wegen der besonderen Vorschrift des § 1329 BGB etwas anderes. Denn wird die nichtige Ehe schon durch Auflösung rückwirkend zur Nichtehe, so umsomehr durch Vernichtung.

Wir sehen also, daß der Satz von der Prävalenz der Nichtigkeit nur von der Nichtehe gilt. Sonst sind Nichtigkeit und Anfechtbarkeit weitgehend gleichgeordnet und zwar auch dann, wenn Nichtigkeit und Anfechtung auf verschiedene Hindernisse zurückgehen.[212]) Es heiratet etwa ein Deutscher eine Brasilianerin. Er irrt sich über ihren Charakter und sie weiß nicht, daß er impotent ist. Dann ist nach deutschem Recht die Ehe anfechtbar, nach brasilianischem nichtig.

---

[210]) Ebenso Zit. II 642.

[211]) Ebenso das ungarische.

[212]) Ebenso für das schw. Recht Spivak 64: treffen Nichtigkeit und Anfechtung zusammen, so wirkt die Anfechtung, wenn auf sie hin die Ehe für ungültig erklärt wird. Natürlich prävaliert umgekehrt auch nicht etwa die Anfechtung gegenüber der Nichtigkeit. Ist die Ehe in der Schweiz anfechtbar und im Ausland nichtig und ist die schw. Anfechtungsfrist verstrichen, so ist die Nichtigkeitserklärung immer noch möglich. Allerdings müsse hierzu die Klage vor Verstreichung der Frist erhoben sein. (Gemäß ZGB 127). Dieser letzte Schluß erscheint mir ungerechtfertigt und findet ebenso wie nach deutschem, so auch nach schweiz. Recht keinen gesetzlichen Anhalt. Seine Bejahung ergäbe das Paradoxon, daß eine nichtige Ehe dadurch heilen kann, daß sie zufällig auch noch anfechtbar ist!

(IV.) Anfechtbare Ehe — — — anfechtbare Ehe.

Hier gilt das gleiche, wie beim Verhältnis nichtige Ehe — — — nichtige Ehe. Beide Rechtsordnungen sind gleichermaßen anwendbar.

§ 8.
Wirkungsrecht.

Die bereits angedeutete Frage ist nun die:

wenn eine Ehe nichtig, d. h. durch Urteil oder sonstwie vernichtet ist, nach welcher Rechtsordnung bestimmen sich die Folgen der vernichteten Ehe, welches ist das Wirkungsrecht?

Verschiedene Lösungen sind vorgeschlagen worden. Die radikalste ist die, nach dem Ehenichtigkeitsstatut vorzugehen. „Heiratete also eine Deutsche einen Schweizer und ist die Ehe nach deutschem Recht nichtig, während sie nach schweizerischem Recht gültig ist, so sind die §§ 1344 ff. BGB anwendbar".[213]) Hier gerät man aber sofort in Schwierigkeiten. Einmal erscheint diese Art des Vorgehens keineswegs überall erwünscht. So sollen im güterrechtlichen Verhältnis der Ehegatten, für die Rechtsstellung des ehelichen oder unehelichen Kindes beim Schutz gutgläubiger Dritter etc. besondere Normen gelten.[214]) Andererseits bleibt die Hauptfrage ungelöst, wenn beide Heimatrechte Ungültigkeit vorsehen, aber beide mit verschiedenen Folgen: hier sind beide Rechte „das Ehenichtigkeitsstatut". Nach Raape[215]) soll dann das Heimatrecht des Mannes maßgebend sein. Dies folge aus allgemeinen Grundsätzen wie Art. 14, 15, 17 EG.

Diese letzte Lösung ist deutlich nur mangels einer besseren gegeben worden. Denn an sich widerspricht nichts den Grundsätzen des deutschen intern. Eheungültigkeitsrechts mehr als die Prävalenz eines Heimatrechts.

Wieruszowski[216]) will hinsichtlich der vermögensrechtlichen Beziehungen sowie der rechtlichen Stellung der Kinder unterscheiden:

(I) Über letztere entscheidet Art. 19;

(II) Über die vermögensrechtlichen Beziehungen entscheidet das Ehenichtigkeitsstatut des Art. 13 I, weil eine nichtige Ehe güterrechtliche Wirkungen im eigentlichen Sinne nicht entfalten kann.

(III) Ebenso ist grundsätzlich der Schutz des gutgläubigen Verkehrs zu beurteilen; so weit es sich aber um in Deutschland wirksame Rechtsgeschäfte handelt, greift Art. 30 EG ein, da der § 1344 II BGB in den Bereich des ordre public fällt.

Ich glaube, daß die in diesen Erörterungen zum Ausdruck kommende Uneinheitlichkeit in erster Linie auf die verfehlte Fragestellung zurückzuführen ist. Man denkt ja auch nicht daran, die „Folgen nichtiger Rechtsgeschäfte" für irgendein Rechtsgebiet ganz allgemein zu untersuchen, sondern man prüft bei Behandlung dinglicher oder familienrechtlicher Verhältnisse, welches Schicksal ihnen widerfährt, wenn das zugrundeliegende Rechtsgeschäft ungültig ist. Nicht anders ist es im Eherecht. Die Nichtigkeit der Ehe ist außerhalb des sie selbst

---

[213]) Raape A I 5 b z. 13, S. 234. Ebenso Wolff § 37 III S. 122.

[214]) Vgl. Raape F I 3 z. 15 (S. 339), C 7 z. 16; B IV z. 18 (S. 456); VIII z. 22 (S. 570).

[215]) s. Raape, Anm. 1.

[216]) Wierusz. 54, 55.

betreffenden Verfahrens immer Vorfrage. Gewiß — es lassen sich Fragen denken, die mit der Nichtigkeit der Ehe so eng zusammenhängen, daß sie zu ihr nicht unter die Beziehung Haupt- und Neben-(Vor-) Frage gebracht, sondern umgekehrt die Ehenichtigkeit als Hauptwirkung bezeichnet werden kann: wirkt die Nichtigkeit zurück? Ist die nichtige Ehe wenigstens eine Putativehe? Hier scheint eine grundsätzliche Entscheidung über das Wirkungsrecht unumgänglich. Und doch ist es nicht so. Denn diesen beiden Klagen wäre das Rechtsschutzinteresse zu versagen. Ob die Ehenichtigkeit zurückwirkt oder nicht, bleibt als abstrakte Frage praktisch völlig gleichgültig; ebenso, ob eine Putativehe bestand. Denn die letzte Frage z. B. wird erheblich nur, wenn aus der Putativehe Ansprüche hergeleitet oder aus ihr Rechtsverhältnisse begründet werden. Das „Ehenichtigkeitsstatut" als solches kommt daher nur als Vorfrage in Betracht. Im übrigen entscheiden die Rechtsordnungen, die das besondere in Frage stehende Rechtsverhältnis beherrschen.[217])

Als Beispiel diene die umstrittene Frage nach der Rechtsstellung des Kindes gegenüber seinen Eltern. Es ist zunächst zu fragen:

(I) Ist das Kind ehelich oder unehelich? Unehelich ist ein Kind grundsätzlich dann, wenn die Mutter eine Ehe, aus der das Kind nur irgend stammen könnte, nicht eingegangen ist; d. h. wenn es am formellen Rechtsschein vollkommen fehlt. Diese Fälle aber behandeln wir hier nicht, sondern lediglich solche, in denen die Ehe formell keine Nichtehe, sondern aus materiellen Gründen nichtig ist. In allen diesen Fällen läßt sich aber vom „Ehemann der Mutter" sprechen, wie es Art. 18 EG tut. Denn selbst wenn durch das Nichtigkeitsurteil die Ehe rückwärts vernichtet wird: die Tatsache des for-

---

[217]) So vor allem Zit. II 751, 52: ob rechtliche Folgen an die Nichtehe oder an die nichtige Ehe geknüpft sein sollen, und insbesondere von welchen weiteren Voraussetzungen dies abhängt (Gutgläubigkeit!) und „welches im einzelnen die Folgen sind, das läßt sich nicht nach einem einheitlichen Statut entscheiden, vielmehr muß sich eine jede einzelne Folge nach dem grade für sie ihrer Eigenart nach maßgebenden Statut richten". Zustimmend Frankenstein, III 217, Anm. 122. Ungenau aber Planck 2 f z. 15, S. 60: die Wirkungen beurteilen sich nach demselben Gesetz, nach dem die Wirkungen einer vollgültigen Ehe zu beurteilen sind; also je nachdem es sich um persönliche Rechtsbeziehungen oder um güterrechtliche Vorschriften handelt, die Art. 14 od. 15 zur Anwendung kommen. Für das schw. Recht scheint Burckhardt 501 dasselbe zu behaupten; denn er sagt, die Frage nach dem Wirkungsrecht sei durch Art. 54 III BV (Ehenichtigkeitsstatut) nicht entschieden, sondern „bleibe offen". Welches Statut gilt, sagt er allerdings nicht. Auch vom Standpunkt des schw. Rechts ist es aber m. E. nicht zu billigen, wenn das Bez. Ger. Horgen (11. 9. 13, mitget. bei Fritzsche, 2 Jahre ZGB, S. 40) sagt: „erklären wir die Ehe eines Ausländers nach schw. Recht für nichtig, so haben wir auch mit Bezug auf die Folgen dieser Nichtigerklärung schw. Recht anzuwenden. Gehen die Folgen, welche das Recht des Heimatstaates an das Bestehen des Nichtigkeitsgrundes knüpft, weiter, so muß es dem Richter des Heimatstaates überlassen bleiben, diese weitergehenden Folgen zur Anerkennung zu bringen."

mellen Eheschlusses läßt sich nicht aus der Welt schaffen; dies kann nur hinsichtlich seiner materiellen Folgen geschehen. Über die Ehelichkeit entscheidet also das Statut des Art. 18. Dabei wird es von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob

(II) die Ehe gültig oder ungültig ist. Über diese Vorfrage entscheidet Art. 13 I. Das Statut des Art. 18 aber muß bestimmen, was geschieht, wenn die Ehe nichtig ist: z. B. ob sie den Charakter einer Putativehe behält und deswegen die Kinder als ehelich angesehen werden.[218])

Ist nun klar, ob die Kinder ehelich oder unehelich sind, so finden hinsichtlich ihrer weiteren Rechtsbeziehungen zu ihren Eltern die Art. 19 ff. Anwendung,

(III) ist das Kind als ehelich anzusehen: Art. 19;

(IV) ist es als unehelich anzusehen: Art. 20 — 22.

---

[218]) Die herrschende Meinung entscheidet diesen Fall enbenso: KG 27. 2. 31, DJZ 575; Lewald Nr. 177; Nußbaum S. 141; Gutzwiller 1644, 45; Frankenstein I 235, 36; KG 9. 12. 21 Rspr. 42, 97. Anders insbes. OLG, München 10. 3. 21, Rspr. 42, 98 f. (99:) „vielmehr muß bei dem unlöslichen logischen und rechtlichen Zusammenhang, in dem die Nichtigkeit der Ehe und die Unehelichkeit des aus dieser Geschlechtsverbindung stammenden Kindes steht, absolut gefordert werden, daß das über die Nichtigkeit der Ehe entscheidende deutsche Gesetz auch über die Ehelichkeit der Kinder maßgebend sein muß. Der Art. 18 kann nicht dahin führen, daß ein in nichtiger Ehe, demnach unehelich erzeugtes Kind eines Ausländers in Deutschland als eheliches anerkannt werden müßte, weil der Heimatsstaat dieses Vaters dessen Verbindung mit der Mutter des Kindes als eine gültige Ehe ansieht". Ebenso Mariolle, Seuff. Bl. f. RA. 63, 309 ff. (317), daselbst 121 ff (131); anscheinend auch RG Str. 16. 2. 14, LZ 1914 869 ff.

Ob die h. L. so argumentieren will, wie es das OLG im letzten Satze angibt, vermag ich nicht zu sagen. Der Text tut es jedenfalls nicht; nach ihm ist es vielmehr gleichgültig, ob das Heimatsrecht des Vaters die Ehe als gültig ansieht oder nicht. Die Ehe ist und bleibt nichtig, und nun wird gefragt, was das Heimatsrecht des Vaters bei nichtiger Ehe bestimmt: es kann also sehr wohl sein, daß es die Unehelichkeit des Kindes bestimmt, obwohl die Sachnormen seines Eheungültigkeitsrechts vielleicht die Gültigkeit der Ehe vorsehen.

Noch anders Raape B IV z. 18, S. 456, der als Filiationsstatut das Ehenichtigkeitsstatut ansieht, aber dennoch zu einem anderen Ergebnis kommt als das OLG München.

Der in St. AZ 1926, 344 mitgeteilte Fall möge hier erwähnt werden, obwohl es sich um eine Nichtehe aus formellen Gründen handelt. Ein Ägypter heiratete in Berlin eine Deutsche formnichtig. Der Standesbeamte erklärte das Kind auf Grund deutschen Rechts für unehelich. Hätte ein materieller Mangel vorgelegen, so hätte gefragt werden müssen, ob nach ägyptischem Recht das Kind, wenn die Ehe eine Nichtehe ist, unehelich wäre. Es kommt also — Art. 18 — ägyptisches Recht zur Anwendung, aber nicht „neben dem deutschen" wie Raape sagt. (B IV 1 a. a. O.)

In dieser Weise sind alle ipr. Verhältnisse zu beurteilen, in denen die Nichtigkeit der Ehe eine Rolle spielt. Ist nicht unmittelbar die Nichtigkeit der Ehe Gegenstand der Klage, ist also weder eine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage noch eine Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen der Ehe erhoben, so ist die Gültigkeit der Ehe Vorfrage und nur Vorfrage. Ist etwa die Vertretungsbefugnis des Ehemannes für seine Frau deshalb in Streit, weil die Ehe nichtig war, so entscheidet das Personalstatut des Mannes (Art. 14, 15) darüber, ob die Vertretungsmacht bestanden hat oder noch besteht; und zwar ist so zu fragen: besteht die Vertretungsmacht trotz Nichtigkeit der Ehe? Die Fragestellung ist auch dann die gleiche, wenn es gerade das Heimatsrecht der Frau war, auf Grund dessen die Ehe vernichtet wurde, während sie nach dem Mannesrecht gültig war.

Man könnte einwenden, dieser ganze Lösungsweg bringe faktisch eine Prävalenz des Mannesrechtes, obwohl gerade dies als Wirkungsrecht dem in Art. 13 I ausgesprochenen Gleichberechtigungsprinzip, wie oben betont, am wenigsten entspreche.[219]) Darauf ist zu erwidern, daß es ein „Wirkungsrecht" nach den bisherigen Erörterungen überhaupt nicht gibt.[220]) Es gibt keine nichtige Ehe mit „Wirkungen"; im IPR. des Eheungültigkeitsrechts gilt der umgekehrte Gesichtswinkel: die nichtige Ehe ist nur Vorfrage zu ihren „Folgen". Wir gehen unter Kausalitätsunterbrechung der Systematik vor; der Schluß von der Ursache (Ehenichtigkeit) auf die Wirkung wird abgelehnt. Die Ehenichtigkeit verliert damit ihren Charakter als Ursache der logischen Rechtswirkung. Diese wird vielmehr selbständig aufgebaut und die Frage der Ehenichtigkeit bleibt zwar praktisch wichtig, hat aber auf das „Wirkungsstatut" keinen Einfluß. Wenn bei letzterem nun nach den deutschen Kollisionsnormen häufig das Mannesrecht entscheidend wirkt, so hat diese Prävalenz mit Art. 13 I deshalb nichts zu tun, weil sie gar nicht aus ihm folgt. Sie kann ihm daher auch nicht widersprechen. Ehenichtigkeitsstatut und „Wirkungs"statut sind nicht zwei sich schneidende, sondern konzentrische Kreise. Uns trifft daher auch nicht die Schwierigkeit, wenn die Heimatrechte beide die Nichtigkeit bestimmen, aber sie beide mit verschiedenen Rechtswirkungen ausstatten. Denn das Nichtigkeitsstatut hat auf die „Wirkungen" keinen Einfluß.

Auch wenn eine Rechtsordung Nichtigkeit im weitesten Sinne (Nichtehe) bestimmt, gelten die selben Erwägungen. Allerdings setzen wir voraus, daß der Rechtsschein durch die Form gewahrt ist. Ist dieses nicht der Fall, dann mögen die Bedenken Raapes[221]) vielleicht

---

[219]) Ähnlich Raape F I 3 z. 15, S. 339: der Grundsatz von der Prävalenz des Mannesrechts sei nur da anzuwenden, wo die Ehegatten in pari condicione seien.

[220]) Wir behalten den Namen trotzdem bei, weil er die Frage an sich gut beleuchtet und auch das in Wahrheit zur Anwendung kommende Recht zwar nicht seinem rechtlichen Charakter, aber doch seinem Inhalt nach kennzeichnet.

[221]) B VIII zu 22, S. 570; F I 3 z. 15, S. 339: es trete überhaupt keine Wirkung ein. Im übrigen ist zu bemerken, daß — wie überhaupt für den Geschäftsverkehr mit Dritten — auch für § 1344. Abs. 2 BGB das gleiche gilt. Kommt er zur Anwendung, so ist bei der

eher berechtigt sein. Liegt aber eine Nichtehe aus materiellen Gründen vor, so hat das „Wirkungs"-recht über die „Wirkungen" einer Nichtehe zu befinden.

Dritter Abschnitt.
Regelwidrige Fälle.

§ 9.

Rückverweisung und Weiterverweisung.

Die bisher dargestellte Anwendung des Art. 13 I auf die materielle Ungültigkeit der Ehe erleidet in gewissen Fällen eine Modifizierung, und zwar durch Rück- und Weiterverweisung, Anwendung des ordre public, Statutenwechsel. Nur Rückverweisung und ordre public sind vom deutschen Gesetz ausdrücklich geregelt.

1. Rückverweisung.

Art. 27 läßt sie für das materielle Eheungültigkeitsrecht zu. Hat man das nach Art. 13 I maßgebende Recht gefunden, so ist gemäß Art. 27 dieses Recht einschließlich seiner Kollisionsnormen dann anzuwenden, wenn diese auf das deutsche Recht zurückverweisen. Das kommt nur vor bei Anwendung derjenigen Rechtsordnungen, die nicht ausschließlich das Heimatrecht maßgebend sein lassen, die also dem Wohnsitz oder dem Territorialprinzip huldigen. Beispiele aus der Praxis:

(I) RG. 15. 2. 12.[222]). Ein kath. Österreicher ist mit einer protestantischen Deutschen eine Ehe eingegangen. Die erste, von ihm geschiedene Frau ist noch am Leben. Nach dem zur Anwendung berufenen öst. Recht wäre die Ehe nichtig wegen des Ehehindernisses des Katholizismus. Aber § 4 ABGB. verweist auf das deutsche Recht zurück, da die Eheleute eine Ehewirkung in Österreich nicht erstrebt haben.

(II) KG. 22. 3. 06.[223]) Der Mann ist Deutscher, die Frau eine minderjährige Engländerin, die ohne Zustimmung ihres Vormunds geheiratet hat. Der Wohnsitz der Eheleute ist Deutschland. Für ihre Anfechtungsklage ist an sich englisches Recht maßgebend, das aber auf deutsches Recht zurückverweist.

(III) OLG. Dresden 15. 1. 12.[224]) Der Kläger, ein Amerikaner, der in Deutschland wohnt, hat eine Deutsche geheiratet und will die Ehe anfechten. Sein Heimatrecht verweist auf das Domizilrecht.

Soweit ein arglistiger Statutenwechsel anerkannt wird, kann dadurch die Rückverweisung wieder entfallen.[225])

(Fortsetzung von Fußnote 221).
Herrschaft fremden Rechts (über die Ehenichtigkeit) nicht nur an die Stelle der deutschen (formellen) Nichtehe die ausld. formelle Nichtehe zu setzen (so Wolff § 37 IV, S. 122), sondern auch die aus materiellen Gründen bewirkte. Vgl. auch Zit. II 752.

[222]) RGZ 78, 234 = JW 1912, 397, Nr. 17.

[223]) KGJ 32 A 28 ff. (32 — 34).

[224]) Rechtspr. 26, 211.

[225]) Näheres s. unten § 11.

2. Weiterverweisung.

Wer die Rückverweisung grundsätzlich nur da anerkennt, wo sie ausdrücklich angeordnet ist, lehnt auch die Weiterverweisung ab.[226]) Auf sie bezieht sich Art. 27 nicht. Das RG. hat sie indessen angewandt;[227]) die h. M. folgt ihm jedenfalls für den Bereich des Art. 13 I.[228]) Praktische Fälle scheinen bisher auf diesem Gebiet nicht entschieden zu sein. Die hauptsächlich gebrauchten Beispiele sind:

(I) ein Schweizer heiratet seine russische Nichte in Rußland. In Deutschland wird auf Nichtigkeit geklagt. Das schweiz. Recht (NAG. 7 f I) verweist auf das russische, dieses kennt das Ehehindernis der Blutsverwandtschaft nicht im selben Grade wie das schweizerische und hält die Ehe für gültig. Erklärt man diese Weiterverweisung für unzulässig, so ist die Ehe nichtig.[229])

(II) Die erste Ehe des Mannes, eines Engländers, ist wegen Ehebruchs geschieden. Er heiratet die Mitschuldige, ebenfalls eine Engländerin, in Holland, nachdem er daselbst seinen Wohnsitz genommen hat. Nimmt man Weiterverweisung an, so erklärt man mit dem engl. Kollisionsrecht das holl. Recht für maßgeblich, das die Ehe entgegen der engl. Sachnorm für nichtig erklärt.[230])

Die konsequente Durchführung der Rück- und Weiterverweisung muß unter Umständen auch die Anwendung des double renvoi notwendig machen: zur Vereinheitlichung und Übersichtlichkeit des behandelten Rechtskreises trägt das jedenfalls m. E. nicht bei.

§ 10.

Ordre Public.

1. Weitaus am wichtigsten und häufigsten ist die Durchbrechung der Grundregel des Art. 13 I durch Anwendung des Art. 30. Die geringe Bestimmtheit dieser Vorbehaltsklausel hat auf allen Gebieten zu den verschiedensten Entscheidungen Anlaß gegeben; häufig zerstört ihre Anwendung das mühsam errichtete System der ipr. Normen. So lange die Vorbehaltungsklausel in dieser Fassung deutsches Gesetz ist, wird man für die einzelnen Rechtsgebiete eindeutige Regeln ihrer Anwendung nicht feststellen können.

Es kann daher hier nur unsere Aufgabe sein, die Anwendung des ordre public auf Art. 13 I in Theorie und Praxis unter Aufzeigung der angewandten Grundsätze darzustellen; die systematische Erfassung aller Fälle gehört in eine Betrachtung der Vorbehaltsklausel,

---

[226]) Vgl. dagegen die auf Grund der besonderen Normen der §§ 4, 37 ABGB ergangene Entscheidung des OGH Wien v. 2. 5. 29, JW 31, 166. Eine Deutsche und ein Österreicher haben in London die Ehe geschlossen; ihr Wohnsitz ist in Deutschland. Bezgl. des Öst. wird die (Weiter)Verweisung des engl. auf das deutsche Recht zugelassen, nicht aber dessen (Rück)Verweisung auf das öst. Recht. Es kommt also nur deutsches Recht zur Anwendung.

[227]) Vgl. die b. Lewald N. 20 angef. Erkenntnisse. S. a. N. 104.

[228]) Raape E II z. 13, S. 259; Bergmann I 33; Habicht 106; Poullet, 342, S. 395.

[229]) Raape, a. a. O.

[230]) Raape, a. a. O., 260; Bergmann, a. a. O.

nicht aber des materiellen Eheungültigkeitsrechtes, dessen Vorschriften ja dadurch gerade von einer systemfremden (Polizei) Norm durchbrochen werden. Erwähnt seien nur die allgemeinsten Regeln:

(I) Art. 30 ist als Ausnahmevorschrift eng auszulegen.

(II) Verstoß „gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes" setzt voraus:

a) daß der Tatbestand eine gewisse Inlandsbeziehung aufweist;[231])

b) daß der fremde Rechtssatz zweckwidrig ist,

und

c) daß seine Anwendung im besonderen Fall zu einem zweckwidrigen Ergebnis führt oder die durch ihn ermöglichte Rechtswirkung nach deutschen Begriffen zweckwidrig ist.[232])

(III) Unsittlich ist ein Recht auch dann, wenn es einen zur Verhütung unsittlichen Verhaltens notwendigen Rechtsatz nicht enthält,[233]) weil unsittlich nur ein menschliches Verhalten, nicht aber ein abstrakter Rechtssatz sein kann. Im übrigen gilt dasselbe wie für die Zweckwidrigkeit.

Auffällig ist, daß es beim Scheidungsrecht (in Art. 17 Abs. 4) einen speziellen ordre public gibt. Daraus, sowie aus der Tatsache, daß in Art. 13 II ein mindestens ordre-public-ähnlicher Spezialfall geregelt ist, läßt sich aber keineswegs e contrario schließen, daß die Anwendung des Art. 30 auf das materielle Eheungültigkeitsrecht ausgeschlossen ist.[234]) Auch die umgekehrte analoge Anwendung des Art. 17 Abs. 4 auf Art. 13 Abs. 1 ist selbst im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe, allgemein gesehen, nicht gerechtfertigt.[235])

2. Das Haag. ESchl. Abk. v. 1902 hat in seinem Art. 2 Abs. 3 und in Art. 3 den ordre public auf bestimmte Fälle beschränkt. Deutschland ist dieser Konvention beigetreten; seine Delegierten sagten damals: „Wir kennen die Staaten, mit denen wir den Vertrag schließen wollen, wir sind in guter Gesellschaft. Wir können uns verpflichten, alle Hindernisse zu beachten, die von den Rechtsordnungen unserer Vertragspartner aufgestellt sind".[236]) So weit darf man allerdings m. E. nicht gehen. Diese deutsche Ansicht hat auch im Ergebnis der Haager Konv. nur insoweit Ausdruck gefunden, als der nationale ordre public nur bei besonders aufgezählten Fällen zugelassen worden ist. Es bleibt dem deutschen Richter unbenommen, trotz der Ansicht der Delegierten auch im Geltungsbereich des Haager Abkommens den ordre public in seinen ihm gesetzten Grenzen anzuwenden; und oft, so glaube ich, ist es auch nötig. Da nun nicht alle Vertragspartner die Konvention ratifiziert und manche wieder gekün-

---

231) Bay OLG 13. 5. 31, HRR 1931, Nr. 1431; näheres bei Zit. 356, 57; Raape B III (S. 800) z. 30 spricht von „bedingtem" Vorbehalt; vgl. auch D I (S. 806, 7); D III 3 (S. 810, 11) z. Art. 30.

232) Bay OLG, a. a. O.

233) Zit. I 338; Raape E IV z. 30 (S. 812); Bay OLG, a. a. O.

234) Ebenso KG 13. 3. 11, Rspr. 24, 20.

235) a. A. Mariolle Seuff. Bl. f RA 63, 131, der als Beispiel anführt, daß die Ehe eines Franzosen mangels elterlicher Einwilligung fehlerhaft ist. Das KG a. a. O. läßt diese Frage dahingestellt.

236) Actes III 173. Dieser Standpunkt wird von Frankenstein III 107, Anm. 178 scharf kritisiert.

digt haben, hat man daran gedacht, in den Fällen, wo aus diesem Grunde die Konvention nicht anwendbar ist, doch hinsichtlich des ordre public ihre Grundsätze zur Anwendung zu bringen.[237]) Der Geltungsbereich des Art. 30 wäre also auf die Fälle der Art. 2 III und 3 der Haag. Konv. zu beschränken. Dem wird unbedenklich zugestimmt werden dürfen, womit indes nicht gesagt sein soll, daß alle dadurch getroffenen Tatbestände nun auch unbedingt die Voraussetzungen des ordre public erfüllen. Die Art. 2 III und 3 sollen vielmehr nur die äußere Grenze abgeben, bis zu der eine Anwendung des Art. 30 möglich ist. Wo Grundsätze für eine weitere Beschränkung der Vorbehaltsklausel mit einiger Sicherheit gefunden werden können, sollte man sie im Interesse weiterer Vereinheitlichung und Sicherung des int. Rechtsverkehrs begrüßen.[238])

3. Die meisten Hindernisse die zu Differenzen zwischen den einzelnen Rechtsordnungen führen, liegen auf religiösem Gebiete, weil hier die größten Gegensätze möglich sind, obwohl die beteiligten Staaten das gleiche Kulturniveau haben. Diejenigen mit religiös gerichtetem Eherecht lassen die Ehe ungültig sein in Fällen, in denen Deutschland mit seinem weltlichen Eherecht kein Hindernis erblicken kann.

a) Hier ist zunächst das vor allem in Österreich bekannte Hindernis des Katholizismus zu erwähnen: ein Kath. darf nicht eine zweite Ehe eingehen, so lange der Gatte aus erster Ehe noch lebt. Geht er sie doch ein, so ist nach seinem, gemäß Art. 13 I beachtlichen Heimatrecht die Ehe nichtig. Greift hier für Deutschland der ordre public ein?

Das Bay. ObLG (18. 1. 18)[239]) neigt zur Verneinung, ohne sich allerdings eindeutig zu entscheiden; es beruft sich auf die zitierten Worte der dtsch. Delegation auf der 3. Haag. Konv.

[237]) Bay OLG Beschluß vom 18. 1. 18 JW 375; OLG Dresden 15. 12. 11, sächs. Annalen 34, 227, 28; OLG Hamburg 6. 10. 08, NZ 18 543 (dagegen Beer NZ 19, 17 ff); Frankenstein III 107; Gautschi 171, 72; Lewald WdV I 458, 59, 462 m. weiterer Lit. s. besonders App. Ger. Alexandria (Ägypten) 11. 6. 13, Clun. 41, 647: „diese Konvention, die von 12 europ. Staaten unterzeichnet und in Kraft gesetzt worden ist, hat allerdings für Ägypten, dessen Regierung sie nicht unterschrieben hat, keine Gesetzeskraft, ebenso wenig wie übrigens für Rußland (es handelte sich um eine Ehe zwischen einer Muselmännin und einem prot. Russen); aber sie ist nichtsdestoweniger von großem, dokumentarischem Wert". Das Gericht zieht demzufolge Art. 1 der Konv. zur Stützung seines Erkenntnisses heran.

Häufig aber ist die Berufung auf die Konv. nur eine allgemeine. Die dann aus dem gemeinsam anerkannten Prinzip gezogenen Folgerungen sind aber oft überraschend verschieden.

[238]) Allgemein unbestimmt lassen Audinet 184 und Nussbaum 133/34 die Grenzen des o p auf dem Gebiet des Art. 13 Abs. 1; vgl. auch Lewald Nr. 36.

[239]) JW 18, 375; ebenso Frankenstein III 119 aus dem Grunde, weil zur Bestimmung des deutschen ordre public das Haager Abkommen heranzuziehen ist und er dabei die Ansicht vertritt, das Ehehindernis des Katholizismus sei nicht religiöser Natur, falle also nicht unter Art. 3 ESchlAbk, vgl. dazu unten S. 162 Anm. 436; dagegen Kahl in der Anmerkung.

Das OLG Dresden (15. 12. 11)[240]) hat den ordre public ebenfalls nicht durchgreifen lassen. Ein kath. Österreicher hatte eine Landsmännin geheiratet und sich später von ihr von Tisch und Bett scheiden lassen. Danach ist er evangelisch geworden und hat zu Lebzeiten seiner ersten Frau eine Deutsche in Schottland geheiratet. §§ 62, 111 AGBG greifen durch. Ebenso hat das KG (5. 11. 26)[241]) entschieden, während es in der Entscheidung vom 13. 3. 11 [242]) den ordre public für vorliegend erachtete. Bei letzterer hob es hervor, daß zwar Deutschland das Haag. Abk. angenommen habe, daß Art. 13 I keinen anderen Sondervorbehalt als Absatz 2 habe, daß aber dadurch Art. 30 nicht als ausgeschlossen anzusehen sei. Dennoch hätte es vielleicht das ausld. Ehehindernis durchgreifen lassen, wenn nicht die erste Ehe, um derentwillen das ausld. Recht die zweite verbietet, gerade in Deutschland geschieden worden wäre. Das rechtskräftige deutsche Urteil erzwinge die Anwendung des ordre public.

Auch das LG Nürnberg (14. 12. 26)[243]) brachte den Vorbehalt gegenüber dem § 111 ABGB zur Anwendung, ebenso das Tribunal civ. d. Bruxelles in der Entscheidung vom 17. 7. 13.[244]) Ein öst. Protestant hatte eine belgische Katholikin geheiratet, deren erster von ihr geschiedener Mann noch lebte. Ihre Nichtigkeitsklage wurde mit folgenden Gründen abgewiesen: „Es ist nicht zu verstehen, wie ein belgisches Gericht nachprüfen könnte, ob eine Person belgischer Staatsangehörigkeit kath. ist oder nicht, wo doch die Religion in Belgien als ausschließlich innere Gewissenssache angesehen wird, die daher notwendigerweise den Nachforschungen der Justiz entzogen ist".

Ähnlich lag der Fall, den das Tribunal civ. d. Montpellier am 18. 3. 20 zu entscheiden hatte.[245]) Eine kath. Französin war in erster Ehe geschieden und hatte zu Lebzeiten ihres ersten Mannes einen Spanier geheiratet. Das Tribunal schloß aber den ordre public aus und annullierte die Ehe,[246]) wie schon am 15. 6. 1814 ein Arrêt des

[240]) Sächs. Ann. 34, 227/28.

[241]) Rab. Rspr. II Nr. 66.

[242]) Rspr. 24, 20/21.

[243]) JP. Rspr. II 67.

[244]) K-B 123.

[245]) Clun. 1920, 633/34.

[246]) Ebenso Valery 1065, sowie André Weiss in einem Gutachten, das in der Entscheidung des Tribunal civ. de la Seine v. 5. 5. 19, Rev. 543 ff. mitgeteilt ist. (Vgl. oben S. 36 Anm. 134) Das Urteil stellt sich übrigens nicht, wie es scheinen möchte, auf den entgegengesetzten Standpunkt, sondern seine zur Abweisung führende Haupterwägung basiert auf der verfehlten Ansicht über die Klagberechtigung bei nichtiger Ehe, wenn man daraus nicht die Ansicht herausliest, das span. Ehehindernis des Kath. sei ein begrenztes. (551 ff.)

Ein Deutscher wollte die Schwester seiner verstorbenen Frau heiraten; dies war nicht möglich, da sie Italienerin war; die deutschen Behörden ließen die Ehe nicht zu, die Anwendung des o. p. wurde abgelehnt (mitget. aus Verh. R. Aussch. pr. Ldtg. v. 22. 10. und 17. 12. 29 in Rab. Zeitschrift IV 400). Allerdings ist zu bemerken, daß nach jahrzehntelanger Übung der o. p. bei Bewilligung von Eheschließungen möglichst nicht angewandt wird (398 das.) und daß er ein zwecklich anderer ist, als der vom Richter anzuwendende.

Cour d'App. de Paris von gleichen Erwägungen ausgegangen war.[247]) Hier handelte es sich um das Ehehindernis der höheren Weihen: ein spanischer Mönch hatte in Frankreich eine Amerikanerin geheiratet. Sie konnte mit Erfolg auf Nichtigkeit klagen.[248])

b) Praktisch noch häufiger sind die Fälle, in denen das eine Heimatrecht die Ehe wegen Religionsverschiedenheit der Parteien verbietet.[249]) Ein Jude aus Kongreßpolen heiratete in London eine deutsche Christin. Diese klagt auf Nichtigkeit, da das Heimatrecht des Mannes (Ehegesetz v. 16./28. 3. 1836) die religiöse Mischehe verbot. Das OLG Karlsruhe (28. 3. 17)[250]) gab der Klage statt: das geltende deutsche Privatrecht wahre völlige Neutralität gegenüber den verschiedenen Religionsbekenntnissen und *daher* dürfe es keine Intoleranz üben gegenüber einem Staat mit religiösem Eherecht.

Es liegt auch daran, daß die Schlußfolgerung ebensogut oder noch besser genau umgekehrt lauten kann: *weil* Deutschland den Religionsbekenntnissen paritätisch gegenübersteht, widerspricht die Anwendung eines diesen Grundsatz, einen „der grundlegendsten des deutschen Rechts," verneinenden Gesetzes der öffentlichen Ordnung. Niemand soll in seinen Rechten wegen seiner Religion beschränkt werden. So hat denn auch in der Tat das OLG Hamburg in seiner berühmten und viel umstrittenen Entscheidung vom 6. 10. 08 argumentiert.[251]) Ein öst. Jude hatte eine deutsche Christin in Deutschland geheiratet. Seine Nichtigkeitsklage wurde abgewiesen.

---

[247]) Dalloz A 6 508, S. 59 zit. b. Gély Clun. 1920, 637.

[248]) Anders Wolff Fam. Recht 141, Anm. 8, 142, Anm. 17; Raape A III 1 (S. 239) z. 13, sowie die engl. Rspr., vgl. Neumeyer, St AZ 1925, 317.

[249]) So nach österreich., bulgarischem, serbischem, jüdischem, islamischem Recht, vgl. Frankenstein III 116, Anm. 207 — 09.

[250]) Rspr. 35, 358/59.

[251]) NZ 18, 543. Zustimmend Wolff Fam. Recht 141, Anm. 8, vgl. auch IPR 118, Frankenstein III 117, Hedemann Arch. BR 34, 169; Poullet 350, S. 402. Ausführlich dagegen Beer NZ. 19, 21; auf ihn beruft sich das OLG Karlsruhe a. a. O.; dagegen auch Neugebauer 46; nicht eindeutig Hinschius-B. 541; Westlake, Kap. IV, § 22, S. 58 will den o. p. nur dann durchgreifen lassen, wenn die lex loci die Ehe nicht verbietet.

Auch als o. p. ante, d. h. vom Standesbeamten aus beurteilt, spielt er eine erhebliche Rolle im Falle der Religionsverschiedenheit. So wurde in Preußen die Ehe zwischen einem Deutschen und einer Perserin, der der Koran die Ehe verbot, verweigert (mitget. in Rab. Zeitschr. IV, 392 ff.). Die aus ähnlichem Grunde verbotene Ehe zwischen einem Hindu und einer Deutschen wurde nur deshalb erlaubt, weil ein indischer Gutachter der Ehe wenigstens begrenzte Wirksamkeit zusprach (399, 400 a. a. O.). Durch Bescheid des bad. Just. Min. vom 30. 4. 09 (Bad. Rspr. 09, 108) wurde dagegen die Vorbehaltsklausel gerade im Hinblick auf Art. 3 der Haag. Konv. angewandt, allerdings mit dem zutreffenden Hinweis, daß ein deutsches Gericht die Ehe trotzdem später für nichtig halten könne.

Große Beachtung verdient in diesem Zusammenhang das schwedische Recht, das durch Gesetz seinen eigenen ordre public zugleich beschränkt, aber auch zwingend auf die hier behandelten Fälle ausdehnt. § 2 Kap. 2 des Gesetzes vom 8. 7. 04/12. 11. 15 lautet: „In keinem Fall darf hier im Reiche auf Nichtigkeit der Ehe aus dem Grunde erkannt werden, weil sie entgegen den Vorschriften eines ausld. Gesetzes, wonach eine frühere Ehe, obgleich sie durch Ehescheidung aufgelöst ist, für eine neue Ehe ein Hindernis bilden soll, oder weil sie entgegen dem Verbot der Ehe zwischen Personen verschiedenen Glaubens, oder weil sie entgegen einem Eheverbot, das sich auf den Priesterstand oder auf das Gelübde bezieht, unverheiratet zu bleiben, geschlossen wurde".[252])

Die überwiegende Praxis und die h. M. der Theorie stimmen dem schwedischen Recht zu. Umsomehr verdient hervorgehoben zu werden, daß erst in neuerer Zeit das RG (16. 5. 31)[253]) wieder auf die Argumentation des OLG Karlsruhe zurückgegriffen und ausgesprochen hat, daß der § 64 ABGB. nicht gegen eine besimmte Religion gerichtet sei oder gegen die guten Sitten verstoße. Befremdlich ist nur, wie Frankenstein[254]) mit Recht hervorhebt, daß das RG. diesen Satz nicht näher begründet hat, obwohl sich für und gegen ihn eine beträchtliche und beachtliche Literatur angesammelt hat.

Die Frage bleibt also nach wie vor offen. Meines Erachtens ist aber auch heute die in Deutschland anerkannte Religionsfreiheit gegenüber intoleranten Auslandsrechten zum Durchbruch zu bringen. Verändert aber hat sich zweifellos die deutsche Stellungnahme zu Rassenfragen. Bisher würde man in Deutschland wie das Tribunal civ. de Pontoise (12., 30. Juni, 4. Juli, 6. August 1884)[255]) entschieden haben, das eine Ehe zwischen einem Franzosen und einer Negerin entgegen deren Heimatrecht (Louisiana) aus Gründen des ordre public für gültig erklärte. Heute wird man diesen Fall in Deutschland anders entscheiden: zweifelhaft bleibt indes die Stellungnahme dort, wo das Ausland anstatt der Rassenfrage nur ein religiöses Problem sieht. Angenommen, ein öst. Christ hat eine franz. Jüdin geheiratet. In Deutschland wäre in Anwendung des Art. 13 I nach dem maßgebenden öst. Recht die Ehe nichtig, wenn man nicht den ordre public anwendet. Soweit er sich lediglich auf die Differenz im Religiösen beschränkt, greift er m. E. nach dem oben Besprochenen durch; wäre also die Französin keine Jüdin, sondern eine aus der Kirche ausgetretene Dissidentin, so wäre die Ehe entgegen dem öst. Recht in Deutschland für gültig zu halten. Anders aber im Falle der Jüdin. Hier könnte man daran denken, den an sich durchgreifenden religiösen ordre public durch Erwägungen des Rasseschutzes zu paralysieren, obwohl diese den beiden anderen Rechtsordnungen unbekannt sind. Die Entscheidung mag vor dem Erlaß gesetzlicher Bestimmungen dahingestellt bleiben.

---

[252]) Abgedr. b. K-B. 56; s. auch die dtsch. Übers. bei Markarov LL VIII 1, 177.

[253]) RGZ 132, 418.

[254]) JW 1932, 2272 ff. Er will aus ethischen Gründen den o. p. unbedingt anwenden.

[255]) Clun. 1885, 296 ff.

4. Wir haben bisher die Fälle betrachtet, in denen das zur Anwendung kommende Auslandsrecht im Gegensatz zur deutschen Sachnorm als fehlerhaft solche Ehen ansah, wo der ordre public permissiv eingreifen und für Deutschland den Bestand der Ehe sichern konnte.

Aber auch die umgekehrten Fälle kommen vor, wenn auch in Deutschland selten, weil wir ein liberales, weltliches Eherecht haben. Dann entsteht die Frage, ob Art. 30 prohibitiv eingreifen kann, um einem dem deutschen, nicht aber dem maßgeblichen ausländischen Recht bekannten Eheverbot zum Durchbruch zu verhelfen. Hierher gehört es auch, daß das deutsche Recht einem Gatten ein Anfechtungsrecht zubilligen würde, das ausländische Recht dies aber nicht tut. Von der prohibitiven Eingriffsbefugnis ist m. W. in Deutschland noch nicht Gebrauch gemacht worden;[256]) in Zukunft, ist es sehr wohl denkbar.

Ein Österreicher heiratete in Deutschland eine Deutsche, eine frühere Dirne. Als er ihre Vergangenheit erfahren hatte, wollte er die Ehe anfechten. Seine Klage wurde abgewiesen.[257]) Das für die Anfechtung des Mannes allein maßgebliche öst. Recht kennt nämlich nur den error in persona; als eine der Aufrechterhaltung der Ehe dienende Norm ist sie eine im wesentlichen sittliche Einrichtung (§§ 57, 59, 95 ABGB). „Das öst. Recht geht also von einer sittlich strengeren Auffassung aus als das deutsche, obwohl auch dessen Vorschriften dem Schutz und der Aufrechterhaltung der Ehe dienen. Der Fortbestand der Ehe, auch wo das Eheband von einem Gatten wegen des Makels des anderen als drückend empfunden wird, ist nicht unsittlich". Das öst. Recht setzt sich nicht etwa über das verwerfliche Verhalten des einen Teils hinweg und schließt deshalb die Anfechtung aus; „es bindet den Ehegatten vielmehr an eine solche Ehe nur, weil ihm die Heiligkeit der Ehe als solcher über die Belange eines die Ehe als Last empfindenden Ehegatten im Einzelfall geht". Das öst. Recht enthält hier auch keine dem deutschen zwecklich entgegengesetzte Bestimmung: § 1333 BGB hat keine so zentrale Bedeutung, daß auf seiner Anwendbarkeit bestanden werden müßte.[258])

[256]) Vgl. RG. 23. 6. 30, HRR Nr. 1736; RG. 6. 10. 27, Warn. E. 1928 Nr. 13 (zustimmend Wolff 121; dagegen Wierusz. 54 Anm. 299; er ist hier für Anwendung des o. p.: das maßgebliche russ. Recht kannte ein Anf. R. überh. nicht;) OLG Frkft. 11. 7. 29, JW 3507; Nußbaum, 133; Audinet, 185. Anders in Italien (cc 102 II) u. Portugal (Ges. v. 25. 12. 10, Art. 62), wo die Fremden allen örtlichen Hindernissen unterworfen sind. Wolff, Fam. R. 143 Anm. 15 erklärt bei affin. illeg. den o. p. m. Recht. auch dann für unanwendbar, wenn die Ehe in Deutschland geschlossen wurde; a. A. Neugeb. 35; Zit. II, 657, Anm. 336; vgl. Kahn 229.

[257]) Bay. ObLG 13. 5. 31. HRR Nr. 1431. Ebenso entscheidet Frankenstein III 195, Anm. 57, der als Beispiel Art. 105 italien. cod. bringt.

[258]) Die oben Anm. 256 zit. Entsch. des OLG Frkft. hatte das gleiche angenommen. Bei einer Anf. Klage wegen Eigenschaftsirrtums zwischen galizischen Juden kam das ABGB als polnisches Recht zur Anwendung. Auch hier wurde daher mangels eines durch das Heimatsrecht gegebenen Anf. Grundes die Klage abgewiesen.

Als Gegenstück dieser billigenswerten Entscheidung sei die des OGH Wien vom 3. 11. 04 mitgeteilt.[259]) Ein in Österreich wohnhafter ungarischer Jude hatte in Ungarn eine der anglikanischen Kirche angehörende Engländerin geheiratet. Zwar kennt weder das ung., noch das engl. Recht das Ehehindernis der Religionsverschiedenheit, doch glaubte der OGH die Ehe für nichtig erklären zu müssen, da ihr Bestand einem Grundprinzip des in Österreich geltenden Rechts widerspreche.[260]) Später hat der OGH allerdings das Gegenteil gesagt (Entscheidung v. 17. 10. 11).[261]) Eine Ehe kath. Österreicher war von Tisch und Bett geschieden worden. Die Frau wurde darauf Ungarin und ließ die Ehe dem Bande nach trennen. Dann heiratete sie einen ung. Juden und trat schließlich noch zur evangelischen Kirche über. Ihre Nichtigkeitsklage wurde abgewiesen, vergeblich berief sie sich auf die Ehehindernisse der Religionsverschiedenheit und des Katholizismus. „Sowohl die Bestimmung des § 64 wie des § 111 hat religiöse Grundlage. Daß diese Bestimmungen die Anwendung fremden Rechts ausschließen würde, weil sie von elementarer Bedeutung seien, ist nicht richtig, denn es braucht nur auf § 136 ABGB verwiesen werden".

Man sieht: innerhalb eines kurzen Zeitraums glaubt ein Gericht die allgemeine Rechtsanschauung völlig verändert. Das zeigt jedenfalls, daß die ganz auf den konkreten Fall zugeschnittene Rahmenbestimmung des Art. 30 EG weniger juristisch gebunden ist. Gültige Allgemeinnormen lassen sich nicht aufstellen. Vielmehr ist zum großen Teil die persönliche Anschauung des Richters und sein rechtspolitischer Takt im Einzelfall entscheidend.

§ 11.

Statutenwechsel.

1. Nach Art. 13 Abs. 1 ist das Heimatrecht als Personalstatut z.Zt. der Eingehung der Ehe für deren Gültigkeit maßgebend. Verändert sich nun das Personalstatut der Ehegatten, so hat das grundsätzlich keinen negativen Einfluß auf eine bereits gültig geschlossene Ehe. Wohlerworbene Rechte bleiben insoweit erhalten, als nicht lebenswichtige Interessen des neuen Herrschaftsstaates verletzt werden. Denn wenn man sogar dann den ordre public[262]) durchgreifen läßt, wenn es sich um fremde Staatsbürger handelt, dann umsomehr auch den eigenen gegenüber.

War die Ehe unter dem Personalstatut nichtig, so herrscht Übereinstimmung darüber, daß eine Nichtehe bleibt, was sie ist;[263]) aus

[259]) Mitgeteilt b. Pappenheim NZ 15, 11/12.

[260]) Sehr gegen diese Entscheidung Pappenheim, a. a. O., Schwartz das. 20 ff.

[261]) NZ 22, 194.

[262]) Zit. II, S. 627 ff. bestreitet, daß es sich hier um o. p. handele; das neue Recht sehe vielmehr die Ehe als „unmöglich" an.

[263]) Frankenstein, JW 32, 2273, IPR III 188; Zit. a. a. O.; Bartin 2 § 263 p. 122, Anm. 5. Allerdings ist darauf zu achten, daß hier lediglich von materieller Eheungültigkeit die Rede ist. Bei „Nichtehen" aus formellen Gründen kann die Entscheidung auch anders lauten, s. Frankenstein III 190 mit Lit. in Anm. 37.

dem Nichts kann auch das neue Statut ohne besonderen Rechtsakt keine Ehe schaffen.

War sie aber nur vernichtbar, so kann zwar die Stellung der Ehegatten sich nicht verschlechtern, die nichtige Ehe also nicht zur Nichtehe werden, wohl aber sich verbessern: hält das neue Recht die nichtige Ehe nur für anfechtbar oder sogar für gültig, so greift mangels besonderer gesetzlicher Normen der favor matrimonii durch, die Nichtigkeit wandelt sich zu Anfechtbarkeit oder Gültigkeit. Das RG (16. 5. 31)[264]) hat ebenso entschieden. Ein christlicher Österreicher hatte während des Krieges eine russische Jüdin in Odessa geheiratet. Später erwarb er die italienische Staatsangehörigkeit. Nach öst. Recht wäre die Ehe nichtig; dem öst. Statut untersteht aber keiner der Gatten mehr. Das ital. Recht kennt das geltend gemachte Ehehindernis der Religionsverschiedenheit nicht. Die Ehe ist gültig geworden.[265]) Das finnische Gesetz vom 5. 12. 29, betr. gewisse familienrechtliche Verhältnisse internationaler Natur[266]) bestimmt in § 9 ausdrücklich, daß nach einem freiwilligen Statutenwechsel eines der Ehegatten auch das neue Recht zu Gunsten des Bestandes der Ehe maßgebend sei.[267])

Wechselt nur der Mann seine Staatsangehörigkeit, so bewendet es hinsichtlich der Frau bei ihrem ursprünglichen Heimatrecht, auch wenn sich (vor der Vernichtung der Ehe) ihr Personalstatut mit dem des Mannes geändert hat. Denn hier bezweckt ja die Nichtigkeitsklage gerade die Vernichtung des den Wechsel begründenden Tatbestandes. Für die in der Person des Mannes liegenden, sowie für die in ihrem beiderseitigen Verhältnisse begründeten Hindernisse sind dann die dargelegten Grundsätze der Erhaltung wohlerworbener Rechte und des favor matrimonii maßgebend.[268]) Für die in der Person der Frau

[264]) RGZ 132, 416.

[265]) „Nach Sinn und Zweck der Nichtigkeitsklage im dtsch., öst. u. ital. Recht, nach dem allg. Grundsatz, daß in Ehesachen das Heimatrecht entscheidet, und daß der dtsch. Richter keine Veranlassung hat, eine Ehe für nichtig zu erklären, die im Heimatsstaat der Ehegatten als gültig behandelt wird, ist vielmehr anzunehmen, daß im vorliegenden Falle das ital. Recht maßgebend ist, das die Ehe der Parteien als gültig betrachte". Dem Urteil stimmen im Ergebnis zu: Nußbaum 135; Wierusz. 51, 52, Anm. 295; Frankenstein, JW a. a. O., IPR III 189. Wolff 122 wendet sich mit Recht gegen die weitere Begründung, die eine Analogie zur Scheidungsklage annimmt. Grundsätzlich anders Habicht II B 4 z. 13 (nach ihm ist der Statutenwechsel einflußlos), ferner Zit. a. a. O. (der die Ehe hier für nichtig hält). Nach Frankenstein a. a. O. ist die vernichtbare Ehe ein Schwebezustand, in welchem der Statutenwechsel eingreift. Das neue Recht entscheide, ob der Tatbestand dem alten Recht unterstellt sei. Je nachdem sei nach altem oder nach neuem Recht zu entscheiden. Letzterenfalls erlösche das Recht zur Erhebung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage nicht, sondern ruhe nur. Vgl. auch Frankenstein I 135.

[266]) Bergmann, Sonderheft III, S. 44 ff.

[267]) Vgl. Munch-Petersen, 682.

[268]) Das darf nicht dahin verstanden werden, daß das Mannesrecht hier vorgehe. Vielmehr kann natürlich die Ehe nur dann gültig sein, wenn auch das Frauenrecht die Gültigkeit bestimmt.

liegenden Hindernisse ist ihr altes Statut beachtlich; ändert sie dieses unabhängig von dem des Mannes, ihr neues.

Es ist also zu sagen: eine Änderung der bisherigen int. privr. Rechtslage durch Statutenwechsel tritt nur dann ein, wenn durch Ersetzung des alten durch das neue Statut der Erhaltung der Ehe gedient wird, ausgenommen bei der Nichtehe.[269]) Die Anknüpfungen für Mann und Frau werden selbständig gesucht.[270])

2. Die Befolgung des Staatsangehörigkeitsprinzips hat den Vorteil, daß sie eine willkürliche Veränderung des Anknüpfungsmomentes praktisch sehr selten macht; denn nur in relativ wenigen Fällen erwerben Personen eine fremde Staatsangehörigkeit, um eine Ehe eingehen zu können. Die herrschende deutsche Lehre steht daher auf dem Standpunkt, daß ein fraudulöser Statutenwechsel im Eherecht, also ein Staatsangehörigkeitswechsel, grundsätzlich bedeutungslos bleibe.[271]) Dies hat besonders auch der öst. OGH seit 1907 inständiger Rechtsprechung ausgesprochen, anläßlich der Nachprüfung der sogen. Siebenbürger Ehen. Der kath. Österreicher, der sich wieder verheiraten wollte, erwirkte zunächst die Scheidung von Tisch und Bett, trat hierauf aus der kath. Kirche aus und erwarb die ungarische Staatsangehörigkeit. Jetzt ließ er seine erste Ehe durch das konfessionelle Ehegericht in Klausenburg oder in Maros-Vásárhely dem Bande nach scheiden und ging sodann eine neue Ehe ein. Nach der Ein-

---

[269]) Bei der anfechtbaren Ehe ist der Statutenwechsel zwischen Eheschluß und Ungültigkeitsurteil entsprechend zu behandeln. War das Anfechtungsrecht entstanden, so ist es nicht, wie Zit. 643 meint, wie ein wohlerworbenes Recht zu betrachten; hätten wir dann doch auch das „Recht auf Erhebung der Nichtigkeitsklage" ebenso behandeln müssen. Vielmehr ist hier nicht nach dem „Recht" zu fragen, sondern danach, ob die Ehe auch nach dem neuen Recht für den Kläger anfechtbar ist. Ist dies nicht der Fall, so ist die Fehlerhaftigkeit insoweit geheilt. — Ein Widerspruch wäre es m. E., mit Zit. das Anfechtungsrecht, das er nach dem alten Recht aufrecht erhält, nach dem neuen Recht zu bestimmen.

[270]) Nicht zu verwechseln mit der „Heilung" der nichtigen Ehe durch Statutenwechsel sind die Fälle, in denen eine Heilung durch den Eintritt irgend welcher Tatsachen unter Herrschaft desselben Rechts eintritt, das die Nichtigkeit bestimmt hat. Vgl. z. B. § 1325 II BGB. Konvalesziert auf diese Weise nach einem Heimatsrecht die Ehe, so wird es so angesehen, als ob diese Rechtsordnung die Ehe für gültig hält. Einen Einfluß auf das andere Heimatsrecht übt das nicht aus. Vielmehr ist in gleicher Weise, wie dargelegt, gemäß Art. 13 I „in Ansehung eines jeden der Verlobten" sein Heimatrecht maßgebend; vgl. Zit. II 616.

[271]) Lewald, Nr. 106; Frankenstein I 165 III 61 u. 186; für die Fälle der Beteiligung Deutscher auch Raape A I 5 z. 13 (S. 233); für das Recht der Haag. Konv.: Travers, Théorie de la Fraude, Rev. 1910, 2 ff.; Lewald WdV I 460; vgl. ferner Wolff § 10 m. Lit. Besonders eingehend Frankenstein, a. a. O., 159 ff. Wolff, S. 34 rechnet übrigens die Gesetzesumgehung zum Gebiet des OP. (Anm. 7: „H. M"); a. A. Gutzwiller, JW 1929, 3474, in der Besprechung von Helene Bertrams: Gesetzesumgehung im IPR, Bonn 1928.

führung der Zivilehe in Ungarn wurde der Religionswechsel überflüssig. Zuerst wurden diese Siebenbürger Ehen in Österreich für nichtig gehalten. Dann aber entschied der OGH, daß die Ehetrennung des nunmehr ungarischen Staatsbürgers anzuerkennen sei. Wenn ein Österreicher, „um einen bestimmten Zweck zu erreichen, die andererseits mit der inländischen Staatsbürgerschaft verbundenen Vorteile aufgegeben hat, mangelt jede gesetzliche Basis, bei einer gerichtlichen Entscheidung auf Grund und Zweck seines Tuns zurückzugreifen".[272]) Die Anerkennung der beim Staatsangehörigkeitswechsel wirkenden Sonderfolgen der Gesetzesumgehung ist daher zu verneinen.

Bei der Anwendung fremden Rechts können wir aber zur Beachtung der fraus verpflichtet sein; wenn nämlich das deutsche Recht nicht kraft Art. 13 I, sondern kraft Art. 27 (Rückverweisung) als lex domicilii oder als lex loci actus zur Anwendung kommt. Hier ist die arglistige Anknüpfung wesentlich leichter; läßt der rückverweisende Staat eine solche nicht zu, so ist nicht die deutsche, sondern die ausländische Sachnorm anzuwenden.

Besonders häufig ist dies im nordamerikanischen Recht, da viele Staaten die lex loci über die Ehevoraussetzungen entscheiden lassen.[273]) Die Gerichte sind denn auch oft genug in der Beurteilung der Gesetzesumgehung entsprechend weitherzig. So heirateten Cousin und Cousine ersten Grades, denen an ihrem Wohnort in Michigan die Ehe verboten war, in Kentucky und kehrten alsbald nach Michigan zurück. Die Ehe wurde dortselbst für gültig erklärt. „Die klassische Regel ist, daß eine gemäß der lex loci contractus geschlossene Ehe überall gültig ist".[274]) Andererseits erklärte man im gleichen Fall — die Heirat hatte in Kentucky stattgefunden, und die Ehegatten waren darauf wieder an ihren Wohnsitz in Illinois zurückgekehrt — in Minnesota die Ehe für ungültig: wenn wegen gesetzlicher Verbote oder augenscheinlicher Verletzung der öffentlichen Ordnung die Ehe für ungültig erklärt werde, so solle sie überall so angesehen werden, gleichgültig, wo die Frage auftauche.[275]) In einem dritten Fall[276])

[272]) OGH 18. 6. 07, J-F Nr. 56, u. 17. 10. 11., J-F. Nr. 97, zit. b. Walker, 634, Anm. 85; dorts. ausführliche Nachweise S. 631 ff. Ebenso schon Pappenheim NZ 15, 13, I. Anm. Soweit die Religion als Anknüpfungsmoment in Frage kommt, ist in Österreich die Beachtung des in fraudem leges agere gesetzlich ausgeschlossen. Durch Hofdekret v. 6. 10. 1790 und durch Handschr. v. 6. 5. 1840 ist es untersagt, nach den Motiven des Austritts od. Übertritts zu forschen. Vgl. Hussarek, Grünh. Zschr. 24, 212 f.; Jos. Unger, Priesterehen und Mönchsehen (1910), S. 14/15.

[273]) Dagegen ist in Argentinien selbst unter Herrschaft des prinzips der lex loci actus die Beachtung der Gesetzesumgehung ausgeschlossen; allerdings ist dies mittelbar insofern eingeschränkt, als die lex loci hinter gewissen Anwendungsfällen des o. p. zurücktreten muß (cc 159).

[274]) In re Miller's Estate (Mich. 1927), 214 NW. 428, mitgeteilt in Mich. Law Rev. 26, 327; Story 187, sect. 113.

[275]) Meisenhelder v. C. & N. W. Ry. Co. (Min. 1927), 213 N. W. 32, mitget. in Mich. Law Rev. a. a. O.

[276]) Vgl. den b. Story S. 274 zit. Weitere Entscheidungen bei Frankenstein III 186, Anm. 24.

wurde ebenfalls nicht das Recht des arglistig gewählten Eheschlußortes angewandt, sondern das des Ortes, den die Eheleute zu ihrem Wohnsitz zu machen die Absicht hatten.

Auch im Eherecht können daher wegen der vom Gesetz zugelassenen Rückverweisung alle Probleme der Gesetzesumgehung auftauchen, die man mit der Einführung des Staatsangehörigkeitsprinzips ausgeschaltet glaubt.

Anhang.

Art. 13 Abs. 2.

Einen letzten das Prinzip des Art. 13 Abs. 1 durchbrechenden Sondertatbestand finden wir in Abs. 2.

„In Ansehung der Ehefrau eines nach Art. 9 Abs. 3 für tot erklärten Ausländers wird die Eingehung der Ehe nach den deutschen Gesetzen beurteilt".[277])

Die praktisch wenig bedeutsame Vorschrift dient dem Schutz einer deutschen oder bis zu ihrer Verheiratung deutschen Ehefrau. Ein hierzu verwendetes Beispiel ist folgendes:[278]) eine Deutsche hat einen Österreicher geheiratet und damit die fremde Staatsangehörigkeit erworben, die deutsche verloren. Ihr Mann wird in Deutschland für tot erklärt; darauf geht sie eine neue Ehe ein. Ist diese Ehe gültig, wenn in Österreich der Mann nicht als tot gilt? Käme Art. 13 I zur Anwendung, so wäre die Ehe ungültig, da dann die Frau nach ihrem öst. Heimatrecht noch als verheiratet gilt. Nach Art. 13 II kommt aber auf die Ehefrau in Ansehung der Todeserklärung[279]) deutsches Recht zur Anwendung; danach ist die erste Ehe aufgelöst und das Ehehindernis der Bigamie beseitigt.

In einem praktischen Fall wendete man Art. 13 II an — allerdings, ohne es zu betonen — ; übrigens auch hier nur analog.[280]) Ein deutschstämmiges Ehepaar wanderte aus Rußland zurück: die Frau nach Deutschland, der Mann weiter nach Kanada. Seine letzte Nachricht kam 1914. Er wurde 1928 in Berlin für tot erklärt. Ohne Todeserklärung durch die Sowjetbehörden konnte die Frau nicht wieder heiraten, da sich ihre Ehefähigkeit nach russ. Recht richtete. Wegen der besonderen Umstände wurde die Eheschließung bewilligt. Art. 13 II konnte nicht zur Anwendung kommen, weil die Frau nicht Deutsche, sondern staatenlos gewesen war.

---

[277]) Art. 9, Abs. 3 lautet: „Hatte ein verschollener ausld. Ehemann seinen letzten Wohnsitz im Inland und ist die im Inlande zurückgebliebene oder dahin zurückgekehrte Ehefrau Deutsche oder bis zu ihrer Verheiratung mit dem Verschollenen Deutsche gewesen, so kann auf ihren Antrag der Verschollene im Inlande nach den deutschen Gesetzen ... für tot erklärt werden".

[278]) Vgl. Raape B z. 13 (S. 245).

[279]) Für diese Einschränkung des Art. 13 II die allgemeine Meinung; vgl. Walker, 583 mit weiterer Lit. in Anm. 30. Bergmann I, 31; Wolff Fam. Recht S. 142, § 39, Anm. 12. Frankenstein III 68 mit Lit. in Anm. 44.

[280]) Mitgeteilt in Rab. Z. IV 400: aus den Verhandlungen des Ausschusses für Rechtswesen im Pr. Ldtg. v. 22. 10. u. 17. 12. 29.

Die Vorschrift gilt wie Abs. 1 auch für die richterliche, nachträgliche Beurteilung.

Zweifel können auftauchen, wenn der erste Mann zurückkehrt. Das öst. Recht sieht in solchem Fall die alte Ehe auch nach der Todeserklärung, und selbst wenn es sie anerkennte, als fortbestehend, die neue als nichtig an.[281]) Art. 13 II ist indes direkt anzuwenden. Denn auch hier sieht das öst. Recht in der alten Ehe entgegen der deutschen Todeserklärung noch einen Ehehinderungsgrund. Auf die Ehefrau kommt also insoweit deutsches Recht (§§ 1348 ff. BGB) zur Anwendung.[282])

Art. 13 II gilt auch dann, wenn er der Ehe ungünstig ist; die Fassung des Gesetzes zwingt zu dieser Folgerung, die der ratio legis widerspricht.[283]) In dem ohnehin geringen Anwendungsbereich der Vorschrift dürfte dieser Fall praktisch die geringste Bedeutung haben.

Dritter Teil

Schweizerisches IPR. (Art. 7c I u. 7f NAG)

Erster Abschnitt

Systematik

§ 12.

Die bisherige Auslegung der Kollisionsnormen.

Das die materielle Ungültigkeit der Ehe betreffende schweizerische Kollisionsrecht ist enthalten in den Art. 7c Abs. I u. 7f des Bundesgesetzes, betr. die ziv. rechtl. Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, vom 25. 6. 91; beide Bestimmungen sind durch Art. 59 Schl. T. d. ZGB. eingefügt worden und gelten seit dem 1. 1. 1912. Art. 7c I lautet:

„Die Gültigkeit einer Eheschließung wird, wenn der Bräutigam oder die Braut oder beide Ausländer sind, in Bezug auf jedes von ihnen nach dem heimatlichen Rechte beurteilt".

Die Ähnlichkeit der Vorschrift mit Art. 13 I EGBGB ist augenscheinlich. Wie diese wäre sie in der Lage, die materielle Ungültigkeit der Ehe vollständig zu regeln. Der schweiz. Gesetzgeber hat sich aber damit nicht begnügt und hat in Art. 7f weiter bestimmt:

(I) „Eine Ehe, die im Auslande nach dem dort geltenden Rechte abgeschlossen worden ist, wird in der Schweiz als gültig betrachtet, wenn ihr Abschluß nicht in der offenen Absicht, die Nichtigkeitsgründe des schweiz. Rechtes zu umgehen, ins Ausland verlegt worden ist.

(II) Eine im Auslande abgeschlossene Ehe, die nach der Gesetzgebung des Ortes der Eheschließung ungültig ist, kann in der Schweiz nur dann für ungültig erklärt werden, wenn sie auch nach schweizerischem Rechte ungültig ist".

Die Vorschrift des Art. 7c I ist, wie gesagt, eine an sich vollständige, zweiseitige intern. priv. rechtliche Norm. Durch die weiteren

---

[281]) Vgl. Wolff, Fam. Recht § 30, Anm. 5, S. 99/100.

[282]) Im Ergebnis ebenso die h. M.: Raape B z. 13 (S. 235/36) u. dort Zit.; anderer Ansicht Bergmann I 32.

[283]) Raape, a. a. O., S. 236; dort Näheres.

Vorschriften des Art. 7 f muß also notwendig eine Beschränkung des Grundprinzips herbeigeführt werden. Diese Einschränkung — das wird zu zeigen sein — überschreitet aber den Rahmen einer bloßen Durchbrechungsnorm. Die schweiz. Literatur ist hier allerdings überwiegend anderer Meinung. Sie hält an dem durch Art. 7 c I ausgesprochenen Prinzip als der Grundnorm fest und versucht von da aus, seine Grenzen festzulegen. Dabei stößt sie aber auf die größten Schwierigkeiten. Denn während Art. 7 c I vom Grundsatz der Geltung des Heimatrechtes ausgeht, verweist Art. 7 f I auf die lex loci celebrationis. Die beiden Regeln gehören also zwei Normenkreisen an, die auf verschiedenen Ebenen liegen. Sie lassen sich zu einem einheitlichen Prinzip nicht vereinigen. Ein einziger Blick in die systematischen Darstellungen dieses Gebietes zeigt, zu welchen Ergebnissen dieser von falschen Voraussetzungen ausgehende und daher von vornherein zum Scheitern verurteilte Versuch führt. Eine verwirrende Fülle von Ausgangspunkten, von verschiedenen Fällen, macht eine zuverlässige Übersicht nahezu unmöglich.

Die sich durch Art. 7 c I und 7 f darbietenden Anknüpfungsmomente sind vor allem zwei:

(I) Man stellt darauf ab, ob die Nupturienten Schweizer sind oder nicht;

(II) Man stellt darauf ab, ob die Ehe in der Schweiz geschlossen wurde oder nicht.

Den Ausgangspunkt (I) benutzen die meisten,[284]) um aber sogleich zu unterscheiden, ob die Ehe im In- oder Ausland geschlossen wurde, und ob beide Nupturienten Schweizer sind oder nicht: ob beide Ausländer oder einer Ausländer und einer Schweizerbürger ist. Das hierdurch erzielte nicht geringe Permutationsergebnis aber verwandelt sich endgültig in eine lange Liste kasuistisch entschiedener Einzelfälle, weil keine Einheitlichkeit darüber zu erreichen ist, wie weit Art. 7 c I und wie weit Art. 7 f eingreift. Gilt Art. 7 c I auch für Ehen, die im Ausland geschlossen wurden (Auslandsehen)? Gilt Art. 7 f I auch für Ausländer? Findet Art. 7 f II auch auf Ausländer Anwendung? Wenn ja, auch auf Auslandsehen, oder nur auf Inlandsehen, oder auf beide oder nur auf erstere? Jede einzelne Frage hat verschiedene Beantwortungen gefunden; und es scheint nicht besser zu sein, wenn man von der Grundfrage (II) ausgeht, wo die Ehe geschlossen wurde. Denn auch hier erhebt sich alsbald die Frage nach der Staatsangehörigkeit der Eheleute — und wir sind genau so weit wie vorher.

Es ist nur natürlich, daß ein solch unerfreuliches Resultat die Kritik auf den Plan gerufen hat, die ohnehin die schweiz. ipr. Gesetzgebung getadelt und eine klare Neuordnung gefordert hat.[285]) Nußbaum[286]) nennt diese Regelung „kasuistisch und zwiespältig". Als Entschuldigung wird angeführt, daß das im Schlußtitel des ZGB geregelte IPR nur als vorläufiger Notbehelf angesehen und dementsprechend ausgestattet wurde. Die Neuordnung ist bisher ausgeblie-

---

[284]) Vgl. z. B. Spivak, S. 41 ff.

[285]) Vgl. z. B. Fritzsche, Z schw. R. n. F. 1927, 232 (252 — 57).

[286]) S. 129; schon Salis, S. 43 sprach (im früheren Recht) von einem „komplizierten Ineinandergreifen" der Normen.

ben. Aber auch das geltende Recht ist besser als sein Ruf. Gewiß: das Gesetz ist „zwiespältig". Es geht von zwei verschiedenen Prinzipien aus. Aber das ist noch nichts an sich Tadelnswertes; denn Einheitlichkeit des Prinzips bürgt noch keineswegs für eine wünschenswerte Lösung. Im Gegenteil: die Gefahr der Einseitigkeit ist größer.

Das Gesetz regelt das Gebiet kasuistisch? Nur scheinbar läßt sich aus dem Gesetz ein die Ungültigkeit der Ehe beherrschendes System n i c h t gewinnen. In Wahrheit kann der Inhalt des Gesetzes sehr wohl in wenige Regeln gefaßt werden, die jeden Einzelfall mit wünschenswerter Klarheit entscheiden und die ihn — was nicht minder wichtig ist — befriedigend entscheiden. Wenn man dem Gesetz einen Vorwurf machen kann, dann allerdings den: daß es seinen Willen nicht mit der nötigen Klarheit zum Ausdruck gebracht hat. Immerhin aber ist er noch deutlich genug erkennbar.

§ 13.

Das System.

Art. 7 c I spricht allgemein nur von der Bedeutung der Staatsangehörigkeit für die Gültigkeit der Ehe, nicht aber davon, welchen Einfluß dabei die lex loci actus hat. Von Art. 7 c I aus läßt sich daher sein Verhältnis zu dem die letztere Frage berührenden Art. 7 f nicht bestimmen.

Dagegen spricht Art. 7 f lediglich von Ehen, die im Ausland abgeschlossen sind. Es liegt daher am nächsten, diese Vorschrift auf die im Ausland abgeschlossenen Ehen anzuwenden, woraus folgen würde, daß Art. 7 c I auf die im Inland abgeschlossenen Ehen Anwendung findet. Dieser Schluß ist sehr einfach. Aber es wäre nichts gewonnen, wenn man jetzt innerhalb des Art. 7 f wieder unterschiede, ob die Eheleute Schweizer oder Ausländer sind. Das Gesetz zwingt ja auch zu gar keiner weiteren Unterscheidung.

Und in der Tat: man hat diese einfachste Regel, die sich bei unbefangenem Studium des Gesetzestextes als erste aufdrängt, nur konsequent durchzuführen, um befriedigende Resultate zu erhalten. Durch Verweisungen wird sie nur unwesentlich beeinflußt. Das schweiz. Recht kennt den Grundsatz der Rück- und Weiterverweisungen nicht. Die Tendenz der neuesten Judikatur vieler Länder drängt — im Verein mit den bedeutendsten Juristen des IPR — auf weitestgehende Einschränkung der Verweisung. Sie ist nur dort zuzulassen, wo durch Beziehung der lex domicilii ein Konflikt vermieden wird.

Eine letzte Modifikation erleidet die Regel durch die Anwendung des ordre public.

Danach finden für die materielle Ungültigkeit der Ehe die schweiz. Kollisionsnormen in folgender Weise Anwendung:

(I) auf j e d e im Inland abgeschlossene Ehe kommt Art. 7 c I, auf j e d e im Ausland abgeschlossene Ehe kommt Art. 7 f zur Anwendung.

(II) Wo in Art. 7 c I oder 7 f ein Auslandsrecht bezogen ist, kommen dessen Kollisionsnormen nur insoweit zur Anwendung, als sie auf das schweiz. Recht als lex domicilii verweisen.

(III) Die Anwendung des fremden Rechts kann in besonderen Fällen aus Gründen des ordre public unterbleiben.

Diese Regeln sind aber nur Rahmenbestimmungen. Sie sind noch ohne Inhalt. Sie sagen noch nichts aus über die Bedeutung der Art. 7 c I und 7 f I in ihrer Anwendung auf den Einzelfall. Sie zeigen nicht, was unter ordre public zu verstehen, wie er zu begrenzen ist. Sie zeigen aber deutlich, welche Gesetzesbestimmungen auf den Einzelfall anwendbar sind; die Entscheidung ergibt sich aber dann, wie zu zeigen sein wird, ohne nennenswerte Schwierigkeit. Ehe aber auf den Inhalt der Gesetzesbestimmungen im einzelnen eingegangen werden kann, gilt es nachzuweisen, daß ihr Allgemeininhalt, wie er vornehmlich durch Regel (I) dargestellt wird, dem Gesetz entspricht. Ein teilweises Überschneiden der beiden Untersuchungen ist dabei nicht zu vermeiden. Denn daß die Regeln dem Gesetz entsprechen, läßt sich häufig nur an der Entscheidung des Einzelfalles erkennen: und hierbei muß notwendig auf den Inhalt des Gesetzes im einzelnen Bezug genommen werden.

Diese Heranziehung von Einzelentscheiden ist nicht etwa ein Rückfall in die oben verworfene Methode der Kasuistik; hier soll lediglich eine im Wege der Deduktion gewonnene Erkenntnis auch induktiv auf ihre Richtigkeit geprüft werden — nicht aber umgekehrt.

§ 14.

Dogmatische und praktische Begründung.

(I) „Auf jede im Inland abgeschlossene Ehe kommt Art. 7 c I, auf jede im Ausland abgeschlossene Ehe kommt Art. 7 f zur Anwendung.

1. Geltungsbereich der Art. 7 c I/7 f I.

Wer, wie es hier geschieht, Art. 7 f I auf jede Auslandsehe zur Anwendung bringt, sagt damit gleichzeitig aus, daß Art. 7 c I nur auf Inlandsehen anwendbar ist. Diese Auslegung des Art. ist keineswegs neu. Sie wird vertreten von Rossel-Mentha, Stauffer, Reichel und von Simond,[287]) welcher sagt: „was die Ausländer anbelangt, so ist es Art. 59 des Schl. T. 7 f, der Regel schafft. Wenn eine solche Ehe nicht vernichtbar nach der Gesetzgebung ist, unter deren Herrschaft sie abgeschlossen wurde, könnte sie selbst dann nicht in der Schweiz vernichtet werden, wenn sie nach schweizerischem Recht vernichtbar ist." Allerdings kommt, wie man sieht, auch Simond zu diesem Ergebnis nur, indem er untersucht, welche Normen die Ehe zwischen Ausländern beherrschen. Aber das Ergebnis ist immerhin das gleiche. Denn daß Art. 7 f I auf Ehen anwendbar ist, bei denen ein Inländer beteiligt ist, kann keinem Zweifel unterliegen und wird auch nirgends angezweifelt. Läßt man aber Art. 7 f Abs. I auch dann eingreifen, wenn die Ehe zweier Ausländer im Ausland geschlossen wurde, so folgt damit notwendig, daß sich der Geltungsbereich des Art. 7 c I auf die in der Schweiz geschlossenen Ehen beschränkt. Die Praxis hat m. W. nur einmal hierzu Stellung genommen, und zwar in zustimmendem Sinne, ohne allerdings das zugrunde liegende Prinzip herauszustellen. Ein in der Schweiz wohnender Russe hatte in England eine

[287]) Rossel-Mentha III 412; Stauffer 7 f, Note 10: zum mindesten per analogiam; Reichel, 7 f, Note 1, S. 159; Simond, S. 91.

Deutsche geheiratet. Sowohl das Bez. Ger. Zürich (13. 10. 15[288]) wie das ObG Zürich (29. 5. 16)[289] haben Art. 7 f I angewandt.

Die Gegner sind zahlreich.[290] Eine ausführliche Begründung gibt Spivak[291]; auf Grund praktischer Erwägungen sucht er die Unhaltbarkeit der hier vertretenen Ansicht darzutun.[292] Seine Beispiele seien angeführt; sie vermögen mich nicht von der Richtigkeit der Gegenmeinung zu überzeugen.

Beispiel a) Zwei in der Schweiz wohnende Deutsche schließen in England eine nach englischen Sachnormen gültige Ehe ab, die nach deutschem und schweiz. Recht ungültig ist. (Gedacht könnte an den Fall werden, daß zwei Fünfzehnjährige sich mit Zustimmung ihrer Eltern heiraten.) England betrachtet — Wohnsitzprinzip — die Ehe wegen des schweiz. Rechts für ungültig; das sachliche schweizerische und deutsche Recht sowie das engl. IPR verneinen also die Gültigkeit der Ehe, nur die engl. Sachnormen bejahen sie. Soll sie in der Schweiz etwa gültig sein?[293]

In der Tat wäre dieses Ergebnis unannehmbar. Gemäß Regel (I) kommt allerdings Art. 7 f I und damit die engl. Sachnorm zur Anwendung. Hier greift aber Regel (II) ein. Das engl. IPR. verweist auf das schweiz. Recht als die lex domicilii. Die Ehe ist also für ungültig zu erklären.

Beispiel b) Der Fall liegt ähnlich; die Ehe sei aber in Frankreich abgeschlossen worden. Sie sei also — da Frankreich hier dem Heimatrecht folgt — nach schweiz., deutschem sowie nach dem Kollisionsrecht Frankreichs ungültig; nur sei sie nach seinem sachlichen Recht gültig.[293]

In der Tat ist hier die Ehe in der Schweiz für ungültig zu erachten, da Regel (II) hier nicht eingreift; von ordre public und fraus legis sei abgesehen. Aber diese Lösung ist nur auf den ersten Blick befremdend, in Wahrheit entspricht sie durchaus dem Willen und dem Zweck des Gesetzes. Denn wären die Eheleute Schweizerbürger, so müßte doch nach allgemeiner Ansicht Art. 7 f Abs. 1 jedenfalls zur Anwendung kommen und die Ehe dieser in der Schweiz wohnenden Schweizer, die nach der schweizerischen Sachnorm nicht gültig heiraten könnten, wäre unangreifbar. Sollte das nicht umsomehr

---

[288]) Bl Zür. Rspr. 1917, 98.

[289]) a. a. O., 99.

[290]) Kaufmann NZ 12, 469; Gautschi, 176; Burckhardt, 501, i. d. 3. Auflg. weitere Zit., bes. Reg. Entsch. (516).

Hier mag bemerkt werden, daß Art. 54 III BV die Norm des Art. 7 f I bereits enthält:

„Die in einem Kanton oder im Auslande nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossenen Ehe soll im Gebiete der Eidgenossenschaft als Ehe anerkannt werden".

Was für Art. 54 III gilt, gilt auch für 7 f Abs. I NAG, denn insoweit ist eine Änderung weder beabsichtigt gewesen, noch herbeigeführt worden.

[291]) S. 47 — 49.

[292]) Ähnlich Beck Art. 7 f, N. 10, der von einer Lücke im Gesetz spricht, die gemäß Art. 1 ZGB ausgefüllt werden müsse.

[293]) Spivak, S. 48.

bei Ausländern der Fall sein? In den meisten Fällen ist die Nichtigkeitsklage von amtswegen zu erheben. Ich meine, unter den gegebenen Umständen wäre bei Schweizern weit mehr Anlaß einzuschreiten als bei Ausländern; ist es bei jenen nicht möglich, wie sollte es das Gesetz bei diesen verlangen?

Beispiel c) Die Ehe ist nach dem Recht des Abschlußortes und nach den schweiz. Sachnormen ungültig, nach dem Heimatrecht gültig. Soll die Ehe für ungültig erklärt werden, obwohl sie in der Schweiz hätte gültig eingegangen werden können, obwohl sie nach erfolgter Ungültigkeitserklärung in der Schweiz von neuem gültig geschlossen werden könnte?[294])

Träfe dies theoretische Beispiel auf einen praktischen Fall zu — in der Tat, man müßte an der Richtigkeit der Regel (I) zweifeln. Daß eine Ehe in ihrem Bestande gewissermaßen in das Belieben der Gatten gestellt wird, ist allerdings nicht tragbar. Das Beispiel ist aber ein charakteristischer Beweis dafür, wie gefährlich es gerade im IPR ist, erfundene Rechtslagen zum Unterbau systematischer Erkenntnisse zu machen. Das von Spivak angeführte, die hier vertretene Ansicht scheinbar schlagend widerlegende Beispiel kommt nämlich in praxi gar nicht vor.

Die Ehe soll nach schweiz. Sachnormen ungültig sein. Es kommen also lediglich Ehehindernisse in Frage, die die Ehe nach Art. 120 ZGB nichtig machen. Denn das Beispiel hat ja nur dann Beweiskraft, wenn die Rechtslage vor und nach der Vernichtung die gleiche ist, und wenn jetzt trotzdem in der Schweiz eine gültige Ehe eingegangen werden kann. Anfechtungsgründe können daher unberücksichtigt bleiben. Art. 120 ZGB kennt nun drei Nichtigkeitsgründe: Bigamie, Geisteskrankheit etc., Verwandtschaft. Bei Vorliegen eines dieser Gründe ist, da Art. 7 f. II dann nicht gegeben ist, die Ehe allerdings für ungültig zu erklären, und zwar in unmittelbarer Anwendung von Art. 7 f I: Regel (I). Insoweit paßt das Beispiel noch; denkbar wäre etwa, daß zwei in der Schweiz wohnhafte Deutsche, Onkel und Nichte, sich in Österreich heiraten: Die Ehe ist gültig nach deutschem Recht und nach öst. IPR., ungültig nach den Sachnormen des schweiz. und öst. Rechts. Aber der Hauptsatz des Beispiels ist unpraktisch: weder hätte noch wird eine solche Ehe in der Schweiz geschlossen werden können. Denn in allen drei Fällen kommt, da es sich hier um die Beurteilung der Ehefähigkeitsvoraussetzungen durch den Zivilstandsbeamten, nicht aber durch den Richter handelt, der ordre public zur Anwendung.

(1) Bei Bigamie ist das ohnehin klar; vgl. etwa die Entscheidung des Bez. Ger. Horgen v. 11. 9. 13.[295])

(2) Bei Geisteskrankheit und mangelnder Urteilsfähigkeit ist es bestritten, ob der Richter ihretwegen durch Anwendung des ordre public die Ehe vernichten darf. Daß der Zivilstandsbeamte die Eingehung der Ehe verweigern wird, steht außer Zweifel.[296])

---

[294]) Spivak, S. 47 — 48.

[295]) Mitget. b. Fritzsche (2 Jahre ZGB.), S. 39.

[296]) Vgl. Simond, S. 88. Ob der Richter die Ehe hier aus Gründen des o. p. für ungültig zu erklären hat, wird an anderer Stelle (s. unten § 17) untersucht.

(3) Ebenso liegt es beim Ehehindernis der Blutsverwandtschaft. Die Praxis steht auf dem Standpunkt, daß es dem schweiz. Zivilstandsbeamten nicht zuzumuten ist, eine nach schweiz. Begriffen unsittliche Ehe abzuschließen.[297])

Ein Fall wie der von Spivak konstruierte wird sich daher nicht ereignen; die an ihn geknüpften Schlußfolgerungen können daher zu durchschlagender Kritik eine tragfähige Unterlage nicht abgeben.

Betrachten wir das Ergebnis: die praktische Anwendung der Regel (I) (soweit es sich um Art. 7 f I/7 c I handelt) entspricht den an sie zu stellenden Anforderungen. Der Wortlaut des Gesetzes steht gewiß nicht entgegen, vielmehr konnten wir ihn zum Ausgangspunkt unserer Auslegung machen. Daß Art. 7 c und 7 f an verschiedenen Stellen des Gesetzes stehen, obschon sie vielleicht zusammen gehörten, spricht nicht für die andere Auffassung und ist im übrigen leicht erklärlich. Denn Art. 7 c gilt ja sowohl für die Beurteilung durch den Zivilstandsbeamten, wie für die nachträgliche durch den Richter. Art. 7 d und e regeln die näheren international-verwaltungsrechtlichen Voraussetzungen, unter denen eine Ehe in der Schweiz abgeschlossen werden kann; dann erst folgt die für den Richter bestimmte Norm über die Gültigkeit bereits abgeschlossener Ehen im Ausland. Wenn überhaupt, so kann auch die systematische Stellung der Normen Art. 7 c und f nur für unsere Auslegung sprechen: 7 c, d, e regeln die Eheschließung in der Schweiz, 7 f die im Ausland.

Für Durchbrechungen der Regel zugunsten des Heimatsprinzips ist daher in Art. 7 f kein Raum. Auch der in Art. 7 f Abs. I gemachte Vorbehalt der fraudulösen Anknüpfung widerspricht dem nicht.[298]) Spivak meint zwar, der Vorbehalt der fraus legis lasse es ausgeschlossen erscheinen, Art. 7 f I auch auf Ausländer anzuwenden; das ergebe sich „rein logisch" aus folgendem Beispiel:[299]) Zwei in der Schweiz wohnende Deutsche, Onkel und Nichte, wollen heiraten, und tuen das daher in Deutschland. Würde man Art. 7 f I auch auf Ausländer anwenden, so müßte die Ehe für nichtig erklärt werden. Das dürfe nicht sein.

Natürlich nicht. Aber im Beispielsfall fehlt es eben an der fraus legis. Wer in seine Heimat zurückkehrt, der „umgeht" nicht das schweiz. Recht. Deshalb ist die Ehe auch in der Schweiz gültig.[300])

Art. 7 f I gilt aber für alle Ehen im Ausland, gleichgültig, ob sie von Schweizern, von Ausländern oder von Schweizern mit Ausländern abgeschlossen wurden. In allen diesen Fällen wendet der schweiz. Richter das sachliche Recht des Eheschlußortes an. Handelt es sich um reine Ausländerehen, so darf man nicht außer acht lassen, daß dann wenigstens einer der Ehegatten seinen Lebensmittelpunkt — Wohnsitz — in der Schweiz haben muß, damit für die richterliche Beurteilung eine genügende Kompetenzgrundlage vorhanden ist. Art. 7 c I gilt demgemäß nur für Inlandsehen, aber auch für alle Inlandsehen.

---

[297]) B Bl 1917, III 575, Nr. 10; 1911, I 413, Nr. 17.

[298]) Simond, S. 91.

[299]) Spivak, S. 50 — 51.

[300]) Vgl. Stauffer, Not. 10 z. 7 f; anders Kaufmann NZ 22, 469 — 70; s. unten § 16.

2. Geltungsbereich des Art. 7 f II.

Was für Abs. 1 gilt, beansprucht im selben Maße auch Geltung für Abs. 2: Der favor matrimonii kommt Schweizern und Ausländern gleichermaßen zugute.[301]) Schon die allgemeine Fassung des Gesetzes spricht dafür.[302]) Hinzu kommt die gleiche Auslegung des Abs. 1, was allerdings gegenüber denen, die Abs. 1 nicht auf Ausländerehen beziehen, kein Argument von Wert ist. Kaufmann[303]) ist der Ansicht, daß das schweiz. Recht nicht als lex fori zur Anwendung komme, sondern nur als Heimatrecht, da für die Ungültigkeitserklärung einer Auslandsehe in der Schweiz eine Kumulation von Gründen gefordert werde, welche auf die lex loci einerseits und auf die lex patriae andererseits Bezug haben. Ein Verlobter müsse daher Schweizer sein.

Indessen vermag ich nicht einzusehen, warum in Art. 7 f Abs. II plötzlich die lex patriae bezogen sein soll, auf der die Vorschrift des Art. 7 c I beruht, wo doch „die beiden Artikel gänzlich verschiedene Prinzipien zum Ausdruck bringen", sodaß man „Art. 7 f nicht mit Art. 7 c in Verbindung bringen kann".[304]) Für diese Auslegung scheint mir der dogmatische Beweis nicht erbracht zu sein; vielmehr spricht gerade die Gegensätzlichkeit von Art. 7 c u. 7 f für eine einheitliche Auslegung im Sinne des Prinzips der lex loci. Auch die bereits erwähnte Entscheidung des Bez. Ger. Zürich vom 13. 10. 15[305]) stimmt dem zu.

Spivak[306]) hält die praktischen Konsequenzen für unerwünscht und lehnt daher die Allgemeinanwendbarkeit des Art. 7 f II ab:

Zwei Ausländer schließen in der Heimat eine ungültige Ehe. „Dann mangelt jeder Grund, diese Ehe in der Schweiz für gültig anzusehen. Mit welchem Grund und mit welchem Recht wollte auch die Schweiz die Ausländer gegen ihr Heimatrecht schützen"?

Es sei zunächst eine Gegenfrage gestattet. Wenn Schweizer im Ausland gültig heiraten, obwohl sie es in der Schweiz nach den schweiz. Sachnormen nicht hätten tun können — warum erkennt das schweiz. Recht diese Ehe an, warum „schützt" es die eigenen Bürger vor dem eigenen Recht?[307]) Aber davon sei abgesehen.

---

[301]) Beck Art. 7 f N. 143 mit ausführlicher Begründung, Stauffer 7 f Not. 11; Reichel 7 f Not. 2 bedingt insofern, als er eine gewisse Inlandsbeziehung fordert; die muß aber jedenfalls vorhanden sein, damit die schweiz. Kompetenz gegeben ist. Zu Art. 54 d. B Ges. v. 24. 12. 74 ebenso: Salis S. 45.

[302]) Das gibt auch Kaufmann, SJZ 9, 268 Anm. 5 zu, obwohl er gerade hier, entgegen früher (NZ 22, 469/70), einen anderen Standpunkt einnimmt.

[303]) SJZ a. a. O.

[304]) Spivak S. 48.

[305]) S. oben S. 73, Anm. 288.

[306]) Spivak S. 49—50.

[307]) Beck 7 f N. 143 drückt dies so aus: „Denn der schweiz. Gesetzgeber hat keine Veranlassung, eine von Ausländern im Ausland geschlossene Ehe in der Schweiz unter leichteren Bedingungen ungültig erklären zu lassen, als dies Schweizern gestattet ist."

Das Urteil, das gemäß Art. 7 f II die Auslandsehe der Ausländer für gültig erklärt, weil den schweiz. Sachnormen entsprochen wurde, genügt auch der ratio legis. Diese hat zweierlei Gesicht. Einmal ist das schweiz. Recht in hohem Maße liberal und gibt dem favor matrimonii weiten Raum. Daher ist auch die Geltung des Heimatrechts auf die Inlandsehen beschränkt worden. Zum anderen spielt hier der Gedanke der öffentlichen Ordnung mit hinein. Einer der ausländischen Ehegatten, die im Ausland geheiratet haben und deren Ehe in der Schweiz für ungültig erklärt werden soll, muß wenigstens in der Schweiz seinen Wohnsitz haben, damit nicht das Gericht sich als (international) unzuständig bezeichnet. Wenn er aber in der Schweiz wohnt, so hat auch die Schweiz ein Interesse daran, daß die rechtlichen Verhältnisse des für eine erhebliche Dauer in ihren Grenzen Wohnenden dem schweiz. Recht weitestgehend angepaßt werden. Es ist also durchaus nichts Besonderes, wenn die Schweiz den Fremden „gegen sein Heimatrecht schützt": eben weil Lebensmittelpunkt dieses Fremden gar nicht seine Heimat, sondern die Schweiz ist. Das Beispiel scheint mir übrigens nicht glücklich gewählt. Denn wenn zwei Ausländer in ihrem gemeinsamen Heimatsstaat eine (ungültige) Ehe eingehen, so möchte ich meinen, daß hier für Anwendung internationalen Privatrechts überhaupt kein Raum ist. Rechtsverhältnisse, die in jeder Hinsicht von einem fremden Staat beherrscht sind, unterliegen durchweg auch der Beurteilung durch sein Recht; alles andere wäre ein Eingriff in seine Hoheitsrechte. Nationales IPR findet seine Grenze an völkerrechtlichen Normen. Der Fall kann aber dahin variiert werden, daß die Ehe in einem anderen Auslandsstaat ungültig abgeschlossen wird -- ungültig sowohl nach seinem Recht wie nach dem des Heimatsstaates. Aber auch hier wird die Lösung die gleiche bleiben. Dies mag zur Begründung der Regel (I) genügen.[308])

(II) „Wo in Art. 7 c I oder 7 f ein Auslandsrecht bezogen ist, kommen dessen Kollisionsnormen nur insoweit zur Anwendung, als sie auf das schweiz. Recht als lex domicilii verweisen".

Auf die Berechtigung oder Nichtberechtigung des renvoi im allgemeinen einzugehen, kann nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen. Es verdient aber festgestellt zu werden, daß sich in neuester Zeit in der Rechtsprechung verschiedener Länder die Tendenz geltend macht,

---

[308]) Schon aus dem Bisherigen ergibt sich, daß eine Anwendung des Art. 7 f II auf Art. 7 c abzulehnen ist. Umsomehr ist der Ansicht von Gautschi, 181, 171 zu widersprechen, der zwar die Anwendung des Art. 7 f II auf Ausländer zuläßt, aber nur, wenn diese im Inland, nicht, wenn sie im Ausland heiraten! Kaufmann SJZ 9, 268 bemerkt mit Recht, daß dies die Anwendung eines o. p. interne bedeuten würde, der Versehen von Behörden zu decken hätte. Einen solchen kenne das schweiz. Recht nicht. Anders aber solle es sein, wenn die Behörden gemäß Art. 7 e II den Eheschluß bewilligt hatten; vgl. darüber unten S. 86 Anm. 351.

Übrigens ist nicht zu vergessen, daß Art. 7 f Abs. II überhaupt eng auszulegen ist. Die Vorschrift ist letzten Endes auch ein Ausfluß des o. p. international und als solcher zu begrenzen, da er leicht klaudikante Ehen herbeiführt.

den renvoi, wo möglich, abzulehnen,[309]) nachdem die überwiegende Lehre der Wissenschaft ihn längst verworfen hat.[310]) Dieses m. E. berechtigte Bestreben kann natürlich nur dort ansetzen, wo gesetzliche Bestimmungen nicht das Gegenteil anordnen. Das schweiz. Eherecht sagt nun über die Verweisung nichts aus.[311]) Wäre daher die Ablehnung der Verweisung an sich schon am Platze, so muß man bei Betrachtung der Entwicklungsgeschichte gerade dieser Kollisionsnormen die Gewißheit erlangen, daß das Gesetz bei Beziehung ausländischen Rechts nur an die Sachnormen denkt.

(1) Das zeigt zunächst ein Vergleich mit Art. 1 der Haag. ESchl. Konv. v. 1902. Dort wurde zwar gerade auf Antrag der schweiz. Delegation die Verweisungsklausel eingefügt: „à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi". Aber in den sonst gleichen Art. 7 c I NAG wurde diese Vorschrift n i c h t aufgenommen. Ein argumentum e contrario liegt nahe.

(2) Die schweiz. Delegierten legten den Standpunkt ihres Rechts aber noch weiter dar und führten aus: „les mariages contractés par des Suisses à l'étranger, contrairement peut-être aux dispositions de la loi fédérale en matière d'empêchements, m a i s c o n f o r m é m e n t à l a l o i m a t r i m o n i a l e é t r a n g è r e, d o i v e n t être reconnus comme valables en Suisse".[312])

Auch Kahn legte das schweiz. Recht, das sich in dieser Beziehung durch den Schlußtitel zum ZGB nicht geändert hat, im gleichen Sinne aus. Das Gesetz, heute Art. 7 f I, beurteilt die Eheschließung zweier Schweizer im Ausland nach der Sachnorm des Abschlußortes, in Ablehnung der Verweisung also selbst dann, wenn die Kollisionsvorschrift des Abschlußortes auf das Heimat- also das schweiz. Recht zurückverweist. Kahn betonte,[313]) daß die an der Konferenz beteiligten außerschweizerischen Staaten kollisionsrechtlich sämtlich dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgen und man ihnen nicht die Herrschaft ihres eigenen Rechtes, „der eigenen Kollisionsnorm zuwider", aufnötigen solle. Die Rückverweisung ist daher im Rahmen des Art. 7 f und also ebenso für Art. 7 c abzulehnen. Zudem würde gerade durch Zulassung der Verweisung bei Auslandsehen (Art. 7 f) notwendig eine große Anzahl hinkender Ehen deswegen herbeigeführt, weil nur wenige Staaten dem Territorialprinzip folgen[314]) und gleichzeitig im

[309]) Vgl. z. B. Art. 62 Codul civil von Rumänien, wo die Rückverweisung gänzlich ausgeschlossen und nur die ausländische Sachnorm bezogen werden soll (allerdings bisher nur Projekt, 1933).

[310]) Vgl. Beer, Die Verweisung, (Festschr. f. Zit.) 1913 mit Lit.

[311]) Auch in der Schweiz ist übrigens die h. L. für Ablehnung der Verweisung, vgl. die Liter. bei Beck Vorbem. zu Art. 59, N. 103.

[312]) So Roguin: actes 1894, 43.

[313]) NZ 12, 216.

[314]) Es sei an dieser Stelle ein kurzer Überblick gegeben über die Anwendung der versch. ipr. Prinzipien im materiellen Eheungültigkeitsrecht. Es befolgen:

I. Das Heimatprinzip

Belgien cc 3 u. Ges. v. 20. 5. 1882.

Danzig Art. 115 II d. Verfssg.

Deutschland EG 13 I.

Estland, s. Koch LL IV 1 S. 617 (gemeinsam m. d. Domizilprinzip.)

Frankreich cc 3, 170; Luxemburg cc 3; Monaco cc 3.

Eherecht die Rückverweisung noch häufig befolgt wird. Daß auch durch Ablehnung der Rückverweisung das unerfreuliche Vorkommen des matrimonium claudicans nicht restlos beseitigt wird, ist richtig. Das liegt aber letzlich an der Verschiedenheit der Rechtsordnungen selbst, an dem Fehlen umfassender Staatsverträge über das IPR.

(3) Für das Recht der Eheungültigkeit sind in der Schweiz die Meinungen geteilt. Burckhardt[315]) erkennt die Verweisung einschrän-

(Fortsetzung von Fußnote 314)
Griechenland Ges. v. 29. 10. 56 Art. 4.
Niederlande Ges. v. 15. 5. 1829/26. 4. 1917, Art. 6.
Italien cc (Einleitung Art. 6) Art. 100, 102.
Österreich s. Fleischmann 20 ff; v. Neumann-Ettenreich u. Satter in LL IV 1 S. 201; h. M. auf Grund der §§ 4 u. 34 ABGB.
Polen Ges. v. 2. 8. 1926 Art. 12, 1.
Portugal cc 24, 27 (vgl. auch Ges. v. 25. 12. 1910 Art. 58).
Rumänien cc Art. 2 II (vgl. auch 152). Kauschansky, Das Eherecht Rumäniens im intern. und interprov. Verkehr, Arch. f. ziv. Pr. 133, 335. Ebenso Entwurf v. 1933 Art. 17.
Tschechosl. (Ung. u. öst. Recht); über Änderungen s. Ujlaki OstR. 1931, 253 ff.
Ungarn Ges. v. 9. 12. 94 Art. 108, 109.
Ecuador cc 14, s. auch 115.
Haiti cc Art. 7.
Honduras cc Art. 137, 138.
Japan Ges. v. 15. 6. 98 Art. 13 I, 1.
Kuba cc Art. 9, 91; besonders 91 II.
San Salvad. cc Art. 15.
Venezuela cc Art. 132, 133.

II. Das Wohnsitzprinzip.
England s. Westlake 57—58 (§ 21) m. Nachw.; Dicey-K. 732 ff, Regel 182 I; S. Goldschmidt Ziv. Ges. Geg. II S. 218 ff. (allerdings bestritten, ob nicht vielleicht als Heimats Recht, s. dazu Frankenstein III 58, 60 A. 17).
Norwegen (aber als Heimatsrecht:) Gewohnheitsrecht, s. Lundh S. 715 ff.

III. Das Territorialprinzip.
Chile cc 119.
Columbien s. Uribe, Rev. 7 S. 322.
Argentinien cc Art. 159.
Dänemark s. Munch-Petersen S. 746.
Paraguay, Art. 2 d. Ges. über die Zivilehe.
Peru Art. 158 cc.
Sowjetun. f. Inlds. Ehen unbeschränkt; in den verschiedenen Republiken verschieden f. Auslandsehen; näheres b. Freund S. 366 ff.
Uruguay Art. 101 cc.
Ver. Staat. fast durchgehend; vgl. Wharton I S. 364, sect. 165 c a. E.; vgl. auch Meili-M 79—80.

[315]) S. 502. Auch Beck erklärt sich für die Verweisung, 7 c, N. 33/4.

kungslos an, Reichel[316]) z. B. lehnt sie ab. Er meint indessen, „wenn von vornherein durch Anerkennung des Domizilrechts ein Konflikt ausgeschlossen ist, so fehlt der Konfliktsnorm jeder Grund der Anwendung". Dem ist zuzustimmen; in diesem begrenzten Rahmen ist die Verweisung daher zuzulassen. Ähnliches hat allgemein Lewald[317]) gefordert und für das deutsche Recht begründet. Darauf sei hier verwiesen.

(III) „Die Anwendung des fremden Rechts kann in besonderen Fällen aus Gründen des o. p. unterbleiben".

Der ordre public ist zwar gesetzlich nicht verankert, ist aber von der Rechtsprechung wie von der Theorie gleichermaßen anerkannt; er ist auch dem Eherecht inhärent.[318]) Seine Anwendung beruht heute auf Gewohnheitsrecht.[319])

Zweiter Abschnitt.
Anwendung.

§ 15.
Das Heimatsprinzip.

Die Vorschrift des Art. 7 c I gilt sowohl für den Zivilstandsbeamten, der vor, als auch für den Richter, der nach Eingehung der Ehe ihre Voraussetzungen zu prüfen hat, dieser unter Einschluß der Willensmängel. Die Gültigkeit der in der Schweiz abgeschlossenen Ehe ist, was die materiellen Erfordernisse anbelangt, nach dem Heimatrecht der beiden Verlobten zu bestimmen (Art. 7 c I)[320]) Art. 7 c I entspricht insoweit, das ist im allgemeinen anerkannt, dem Art. 1 der Haag. ESchl. Konv. und dem Art. 13 I EGBGB. Die zu letzterem gemachten Ausführungen über Nichtigkeit, begrenzte und unbegrenzte Ehehindernisse, über Anfechtbarkeit,[321]) die Kumulation verschiedener Rechtswirkungen usw. gelten entsprechend für das schweiz. Recht.[322]) Indessen werden auch in verschiedener Hinsicht abweichende Ansichten vertreten.

1. Am weitesten geht Gautschi,[323]) der bei unterschiedlicher Nationalität verschiedene Prinzipien walten lassen will. Es komme

---

[316]) S. 156. Ihm folgt Spivak 53, der aber der Verweisung dann wieder bei den Fällen keinen Raum geben will, wo das bezogene Recht der Aufrechterhaltung der Ehe günstiger ist. Das ist eine Inkonsequenz, die sich auch mit Art. 7 f II nicht begründen läßt.. — Die oben S. 73 Anm. 289 angezogene Entscheidung des OBG Zürich v. 29. 5. 16. nimmt zur Frage der Verweisung leider keine Stellung. Die Ungültigkeit der Ehe nach russ. Recht werde nicht geprüft, weil England „ohnehin" auf das Heimatrecht nicht abstelle. Noch enger als Reichel, für gänzliche Ablehnung der Verweisung: Klein ZBl 36, 311.

[317]) Nr. 16 ff. (Nr. 26).

[318]) Giesker-Z. SJZ 14, 135 m. ausf. Nachw. d. Rspr. z. o. p.

[319]) Über s. Inhalt u. seine Begrenzung s. unt. § 17.

[320]) Zur geschichtlichen Entwicklung Kaufmann SJZ 8, 115.

[321]) Hierzu ausdrücklich ebenso: Kaufmann SJZ 9, 269.

[322]) Vgl. in ausf. Darlegung Spivak S. 41 ff, 69, 70.

[323]) Gautschi S. 174.

darauf an, ob das Ehehindernis in der Person beider Ehegatten, in ihren Beziehungen zueinander begründet sei (zweiseitiges Hindernis), oder ob dies nur in der Person des Mannes oder der Frau der Fall sei. Treffe das erstere zu, habe etwa ein schweizerischer Mann eine estländische Epileptikerin geheiratet, so solle das Mannesrecht den Ausschlag geben; und nur, wenn es sich um einseitige Hindernisse oder Anfechtungsgründe handele, solle auch das Heimatsrecht der Frau zum Zuge kommen können.

Die zweite Alternative ist in den meisten Fällen richtig und entspricht ganz den zu Art. 13 I entwickelten Grundsätzen. Die erste aber ist mit dem Gesetz nicht vereinbar. Art. 7 c I läßt durch nichts erkennen, daß bei zweiseitigen Ehehindernissen das Mannesrecht prävaliere.[324]) Das Heimatsrecht der Frau ist von gleicher Bedeutung wie das des Mannes; nur wenn beiden Rechtsordnungen genügt ist, kann die Ehe gültig sein. Im Beispielsfall ist daher die Ehe, wenn sie in der Schweiz geschlossen wurde, für ungültig zu erklären, da das estländische Ehegesetz die Ehe von Epileptikern verbietet. Gautschi begründet seine Meinung damit, daß er bei gegenteiliger Entscheidung den favor matrimonii für zu wenig berücksichtigt erklärt. Eine Entscheidung gemäß den Grundsätzen des deutschen Rechts sei daher wie dieses „doktrinär".[325])

Ein befriedigendes Argument ist dies aber angesichts des entgegenstehenden Wortlautes des Art. 7 c Abs. 1 keineswegs. Was Spivak[326]) gegen Gautschi anführt, trifft allerdings nicht zu: daß nämlich Art. 7 c I NAG anders gefaßt sei, als Art. 1 der Haag. ESchl. Konv. und deshalb die Auslegung Gautschis hinfällig sei. Denn obwohl es dort heißt: „Das Recht zur Eingehung der Ehe", werden dennoch alle Hindernisse, gleichgültig auf wessen Seite sie liegen, beachtet.

2. Wie Beck[327]) mit Recht bemerkt, ist die Ansicht Stauffers[328]) abzulehnen, wonach nur das schweizer. Recht beobachtet werden muß, wenn allein die Braut Ausländerin ist.

3. Unrichtig ist auch die Formulierung Kaufmanns,[329]) nach welcher von den in Art. 120 ZGB angeführten Nichtigkeitsgründen lediglich der der Bigamie bei allen in der Schweiz geschlossenen Ehen durchgreift, die anderen nur, wenn auch das Heimatrecht des Ausländers ihn anerkennt. „Heiratet also ein Schweizer eine Deutsche, die zwar nach Art. 97 ZGB geisteskrank, aber nicht im Sinne des § 1325 BGB urteilsunfähig[330]) ist, so kann die Ehe nicht nichtig erklärt werden". Hiernach wäre man zunächst versucht anzunehmen,

---

[324]) Ebenso auch nicht Art. 7 f; Beck scheint hier allerdings a. A. zu sein, Art. 7 f N. 74.

[325]) S. 173; de lege ferenda befürwortet er eine Lösung wie in der amerik. Rechtslehre: die Ehe dürfe nur dann nichtig sein, wenn sie nach beiden beteiligten Rechtsordnungen nichtig sei.

[326]) Spivak S. 69.

[327]) Art. 7 c N. 19.

[328]) N. 7.

[329]) Kaufmann, SJZ 9, 268.

[330]) Soll wohl in umgekehrter Reihenfolge „urteilsunfähig" und „geisteskrank" heißen.

Kaufmann erkläre das Hindernis des Art. 97 ZGB für ein einseitiges (begrenztes) und gebe dem nur die obige unklare Fassung. Aber das wäre für das Ehehindernis der Verwandtschaft und Schwägerschaft, als die Typen unbegrenzter Hindernisse, natürlich nicht durchführbar. Andererseits aber ist nicht ersichtlich, wie die Zurücksetzung einzelner Nichtigkeitsgründe aus Art. 7 c I hervorgehen soll.

4. Für die Anwendung des Art. 7 c I mag daher der Hinweis auf das deutsche Recht genügen.[331])

§ 16.

Das Territorialprinzip.

1. Daß auch Art. 7 f auf die materielle Gültigkeit Bezug hat und nicht nur auf die Form, ergibt sich e contrario schon daraus, daß bei der Parallelvorschrift des Art. 7 c deutlich zwischen materiellen und formellen Voraussetzungen geschieden wird (Abs. 1 u. Abs. 2). In Art. 7 f kann in die Worte „gültig" und „ungültig" ohne weiteren Anhalt kein Unterschied des Ungültigkeits*grundes* hineingelegt werden. Mit Recht wird daher heute Art. 7 f allgemein auch auf die materiellen Voraussetzungen angewandt.[332])

2. Eine im Ausland geschlossene Ehe richtet sich also hinsichtlich der Eheerfordernisse nach den *Sachnormen* des Eheabschlußortes. Diese Sachnormen kommen gleichermaßen auf beide Verlobte zur Anwendung, gleichgültig, ob ihrer *beider* Heimatrecht das des Abschlußortes ist oder nicht, oder ob nur einer nicht Bürger des Abschlußstaates ist. Die Sachnormen sind so anzuwenden, wie wenn beide Teile Angehörige des Staates wären, in dem die Ehe abgeschlossen wird. Die Gültigkeit der Ehe, sowie die Frage nach dem Vorhandensein von Anfechtungsgründen richtet sich somit nach den internen Normen des betreffenden Staates; sein Kollisionsrecht kommt nur insoweit in Betracht, als auf das Recht des Staates verwiesen wird, in dem die Eheleute ihr Domizil haben (Regel II).

a) Ist danach die Ehe *ungültig*, so ist sie es noch keineswegs ohne weiteres in der Schweiz. Denn hier greift die Vorschrift des Art. 7 f II hemmend ein, und zwar teils aus Gründen des ordre public, teils um die Ehen in weiterem Umfang, nämlich soweit es das schweiz. sachliche Eherecht für wünschenswert hält, aufrecht zu erhalten. Wenn die Ehe nach schweiz. Recht, d. h. nach den schweiz. Sachnormen gültig ist, so bleibt sie es eben für den Bereich der Schweiz, gleichgültig, wie sich das ausländische Recht dazu stellt. Die Vorschrift des Art. 7 f II ist inhaltlich entsprechend dem Absatz 1 zu verstehen: die Ehe bleibt dann gültig, wenn die schweizerischen Sachnormen, uneingeschränkt auf beide Teile angewandt, die Gültigkeit der Ehe ergeben: hätten die Ehegatten, wenn sie Schweizer gewesen wären, in der Schweiz unter gleichen Voraussetzungen gültig geheiratet? Nur wenn die so gestellte Frage beja-

---

[331]) Bei Heimatlosen vgl. Beck Art. 7 c N. 29; bei Doppelbürgern N. 30.

[332]) Vgl. Burckhardt 502 unter Anf. älterer abweichender Ansichten; siehe auch Brocher, Bulletin de la Jurisp Suisse, introduction, Clun. 2 (1875) 456.

hend zu beantworten ist, trifft Art. 7 f II zu, und die Ehe ist trotz Absatz 1 gültig; denn die Erfüllung der Erfordernisse des fremden (Abschluß-)Rechts genügt, ist aber, soweit Art. 7 f II eingreift, nicht erforderlich.

Fehlerhaft, obwohl naheliegend, wäre es, den Absatz 2 dahin auszulegen: die Ehe bleibt gültig, wenn sie in der Schweiz gültig geschlossen worden wäre (also lediglich Fiktion des schweiz. Abschlußorts, nicht auch, wie es richtig wäre, der schweiz. Staatsangehörigkeit). In diesem Fall würde man nämlich auf dem Umweg über Art. 7 f II wieder Art. 7 c I anwenden müssen und damit wieder Auslandsrecht. Dann aber würde der Schutzzweck des Art. 7 f II fast nie erreicht werden.

Ergibt die doppelte Fiktion, die Art. 7 f II nötig macht, daß auch nach schweiz. Sachnormen die Ehe nicht gültig ist, so kann sie in der Schweiz für ungültig erklärt werden.[333]) Eine Übereinstimmung der Ungültigkeitsgründe der schweiz. Normen und der des Abschlußortes wird nicht zu fordern sein.[334]) Denn das durch Art. 7 f II zum Ausdruck gekommene Schutzprinzip verliert schon dann seine Berechtigung, wenn die Schweiz an der Aufrechterhaltung der Ehe kein Interesse hat: und das ist dort nicht der Fall, wo nach internem schweiz. Recht eine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage mit Erfolg erhoben werden könnte. Beispielsweise verbietet das estländische Recht als das Recht des Abschlußortes dem X. die Ehe, weil er fallsüchtig ist: das allein wäre nicht ausreichend, die Ehe in der Schweiz zu vernichten. Ist X. aber nach schweiz. Recht urteilsunfähig, so kann das Nichtigkeitsurteil ergehen. Bei der Anfechtung liegt es ähnlich. Hier muß sich der Anfechtende entweder auf einen Anfechtungsgrund stützen, der beiden Rechten gemeinsam ist, oder er stützt sich auf zwei Tatsachen, von denen je eine in einer der beiden Rechtsordnungen einen Anfechtungsgrund abgibt. So ist die in Deutschland abgeschlossene Ehe eines zwanzigjährigen Deutschen mit einer Schweizerin in der Schweiz nur anfechtbar, wenn noch irgend ein Anfechtungsgrund des schweiz. Rechtes verwirklicht ist.

b) Ergibt die Anwendung des Art. 7 f I die Gültigkeit der Ehe, so ist sie, unter Außerachtlassung der schweiz. Sachnormen, in der Schweiz nicht angreifbar. Davon gibt es allerdings eine Ausnahme durch den Umgehungsvorbehalt in Art. 7 f I. Dieser ist in der sonst gleichen Bestimmung der BV Art. 54 III nicht enthalten. Daß er mit ihr unvereinbar wäre, geht allerdings nicht aus dem Beschluß des Bundesrates v. 17. 11. 03 hervor[335]) welcher sagt: „wenn man auch bedauern kann, daß die Bestimmungen von Art. 54 BV

---

[333]) Wird die Ehe nach ausl. Recht angefochten, so müssen auch Anfechtungsgründe des schweiz. Rechts vorliegen, damit die Klage Erfolg haben kann: denn Art. 7 f II gilt auch für die Anfechtbarkeit. In Abs. 2 wird nämlich von Ungültigkeitsgründen gesprochen, im Gegensatz zu Abs. 1, wo in der Fraus-Klausel von Nichtigkeitsgründen die Rede ist. Ebenso Reichel 7 f Not. 2.

[334]) Ebenso Kaufmann NZ 22 S. 461; Spivak S. 64; Beck Art. 7 f N. 148.

[335]) NZ 14, 113. Spivak 65 will das allerdings aus ihm herauslesen.

über die Anerkennung der im Ausland abgeschlossenen Ehe dazu benützt werden können, um andere Normen der schweiz. Gesetzgebung zu umgehen, so kann vorliegenden Falls angesichts der unzweideutigen Norm der BV nicht anders entschieden werden". Denn zu jener Zeit gab es eine gesetzliche Beschränkung, wie die des Art. 7 f I noch nicht, und aus der blanken Verfassungsnorm konnte sie allerdings nicht hergeleitet werden. Daß damit aber Art. 54 III noch Raum läßt für eine Einschränkung, die im wesentlichen auf eine Wohnsitzbestimmung hinausläuft, ist keineswegs ausgeschlossen. Dazu kommt, daß die Klausel des Art. 7 f I den berechtigten Zweck verfolgt, das Ansehen und die Sicherheit der schweiz. Rechtspflege und Rechtsanwendung zu wahren. Man wird daher mit Burckhardt und Stauffer[336]) die Verfassungsmäßigkeit des Art. 7 f I bejahen dürfen. Selbst wenn sie verneint wird, ist doch der Richter gemäß Art. 113 III BV an das verfassungsdurchbrechende Gesetz gebunden.[337]) Jedenfalls aber ist der Vorbehalt eng auszulegen.

Drei Voraussetzungen sind zur Anwendung der Umgehungsklausel erforderlich, zwei objektive und eine subjektive:

(I) Umgehung von Nichtigkeitsgründen des schweiz. Rechts;

(II) Verlegung des Eheabschlusses ins Ausland;

(III) offenbar fraudulöse Absicht.

(I) Es muß eine „Umgehung" von Nichtigkeitsgründen stattgefunden haben. Es hätte die Ehe also nichtig sein müssen, wenn sie in der Schweiz geschlossen worden wäre. Hier darf man nicht wie in Art. 7 f II auch die schweiz. Staatsangehörigkeit der Parteien fingieren, sondern lediglich den Abschluß in der Schweiz. Um zu erkennen, ob die Ehe dann nichtig gewesen wäre, hat man daher Art. 7 c I anzuwenden, wenn Ausländer beteiligt sind;[338]) andernfalls kommen die schweiz. Sachnormen unmittelbar zur Anwendung.

Die Ehe hätte aber dann nichtig sein müssen, nicht nur anfechtbar. In Art. 7 f II wird demgegenüber nicht von „Nichtigkeitsgründen" sondern von „Ungültigkeitsgründen" gesprochen. Es kommen also lediglich die Gründe des Art. 120 ZGB in Frage: Bigamie,[339]) Geisteskrankheit, Verwandtschaft (und Schwägerschaft). Nur ihr Vorliegen kann die Anwendung der Umgehungsklausel begründen; ob andere, selbst nicht dispensable Ehehindernisse vorgelegen haben, spielt keine Rolle. Fraus liegt daher nicht vor bei Umgehung einer

---

[336]) Burckh. S. 502; Stauffer 7 f Not. 16; Beck 7 f N. 73.; a. A. in NZ 22, 458 Anm. 1: Kaufmann; Reichel 7 f Not. 1; Spivak S. 65; Meili-M. S. 25.

[337]) Spivak S. 66; vgl. Burckh. II F z. Art. 113, S. 788, 89.

[338]) Das meint wohl auch Stauff. 7 f N. 10, wenn er sagt, es liege keine fraus vor bei Ausländern, wenn bei Eheschließung in der Schweiz nicht auch ein Nichtigkeitsgrund des heimatl. Rechts verletzt wäre. Dagegen erscheint mir die Formulierung Becks 7 f N. 74 nicht richtig. Zudem trifft sie nur die „Ehe eines schweiz. Bräutigams."

[339]) Solche Fälle sind nicht etwa undenkbar. Ein im Ausland geschiedener Schweizer läßt sich bei seiner zweiten Heirat im Scheidungsland wieder trauen, weil vielleicht die Schweiz das Scheidungsurteil nicht anerkennt.

Wartefrist,[340]) der Einwilligung des Vormundes,[341]) des Adoptions- oder des Stiefeltern-Hindernisses,[342]) oder wenn der Eheschluß in der Schweiz wegen mangelnder Ausweise unmöglich war.[343])

(II) Der Eheschluß muß ins Ausland „verlegt" sein. Das ist im allgemeinen nicht der Fall, wenn ein Verlobter im Ausland seinen Wohnsitz hat; sei es die Braut, sei es der Bräutigam. Denn es ist keine „Verlegung" der Trauungszeremonie, wenn sie am Wohnsitz eines der Verlobten abgehalten wird.[344]) Wohnen die Verlobten überhaupt nicht in der Schweiz, so hat die Verlegung in einen anderen Auslandsstaat auch dann keinen Einfluß, wenn sie beide Schweizer sind.[345]) Es bleibt also nur der Fall übrig, daß die Verlobten beide in der Schweiz wohnen und dann den Abschluß ins Ausland „verlegen". Wie aber, wenn jetzt ein Teil seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt und die Heirat dort stattfindet? Abgesehen davon, daß eine fraudulöse Wohnsitzverlegung nur sehr schwer nachzuweisen sein wird, weil an sie erhebliche Voraussetzungen geknüpft sind (Art. 23 ZGB), so entfällt in einem solchen Fall ebenfalls die Grundlage des Art. 7 f I. Wenn der Hauptanknüpfungspunkt, der Wohnsitz, gelöst ist, so erschöpfen die zwingenden Sätze des schweiz. Rechts jedenfalls insofern ihre Wirkung, als man nun nicht mehr von ihrer „Umgehung" sprechen kann. Sie mögen ihre Folgen auch über die Landesgrenzen hinaus erstrecken, aber für fraudulöse Anknüpfung ist hier kein Platz, wenn man schon durch das Gesetz gezwungen ist, diesen wenig glücklichen Begriff beizubehalten. Die h. M. nimmt mit Recht diesen Standpunkt ein.[346])

Wir sehen: die objektiven Grenzen des Art. 7 f I lassen der Umgehungsklausel nur einen sehr engen Raum; auch die subjektive ist nicht weniger streng.

(III) Offenbar fraudulös muß die „Absicht" sein. Der Wille des Handelnden entscheidet. Der Richter hat lediglich zu prüfen, ob dieser Wille „offenbar" ist, d. h. klar erkennbar für ihn zutage tritt. Er darf ihn nicht ohne weiteres unterstellen.[347]) Das ist wohl der Inhalt des subjektiven Erfordernisses: halb Beweis-, halb Auslegungsregel. Selten genug wird die Absicht bejaht werden. Selten genug — wenn überhaupt — wird diese Klausel des Art. 7 f I eingreifen. Im allgemeinen läßt sich vielmehr sagen: wird die Ehe im Ausland

---

[340]) Vgl. Geschäftsber. des Just. Dep. 1906 S. 12. Nr. 19; Spivak S. 68; Beck 7 f N. 78.

[341]) Spivak a. a. O.; Beck a. a. O.

[342]) Reichel 7 f N. 1 c; a. A. Beck Art. 7 f N. 77.

[343]) Bez. Ger. Zür. 13. 10. 15; Bl. Zür. Rspr. 1917, 98—99. Beck a. a. O. N. 78.

[344]) Ebenso Spivak 67—68.

[345]) Reichel 7 f N. 1 a; Spivak S. 67; Beck a. a. O. N. 88.

[346]) Stauff. 7 f N. 15; Reichel 7 f N. 1 b, Spivak S. 67; Beck a. a. O. N. 90. a. A. Kaufmann NZ 22, 462; vgl. auch Meili-M. S. 23.

[347]) Ebenso Spivak S. 67. Anders Kaufmann NZ 22, 458, der darauf abstellt, ob die Absicht der Verlegung ins Ausland offenbar ärgerniserregend war. Das bedeutet mein. Eracht. eine nicht zutreffende Verschieb. des Erfordernisses auf das objektive Gebiet. Ausführlich zur ganzen Frage: Beck 7 f N. 80 ff.

nach dessen Sachnormen gültig geschlossen, so ist sie auch in der Schweiz als gültig anzusehen, so weit nicht ausnahmsweise der ordre public eingreift. Seine Anwendungsgrenzen sollen im folgenden untersucht werden.

§ 17

Ordre public[348])

Da die den ordre public enthaltende Vorschrift fehlt, sind seine Grenzen „aus dem ungeschriebenen Recht zu deduzieren.."[349]) Der Nichtschweizer muß es sich indessen versagen, zu den einzelnen Fällen Stellung zu nehmen; ist es doch auch internationale Gerichtspraxis, daß kein Land den ordre public eines anderen anwendet. Was in der Schweiz zum ordre public gerechnet wird, sei daher kurz registriert; nur hinsichtlich seiner juristischen Ausdehnung seien einige Bemerkungen gestattet. Zwei Fälle können unterschieden werden:

(I) Nach schweiz. IPR ist die Ehe ungültig, aber die schweiz. Sachnormen erlauben die Ehe.

(II) Nach schweiz. IPR ist die Ehe gültig, aber die schweiz. Sachnormen verbieten die Ehe.

(I) Milderes Inlandsrecht.

Die Frage wird ausführlich und grundsätzlich von Giesker-Zeller[350]) behandelt. Wie in der deutschen Literatur und Judikatur steht der Fall, daß der ausländische Gesetzgeber ein religiöses Ehehindernis aufstellt, im Vordergrund. Giesker-Zeller hat die Anwendung des ordre public verneint, P. Klein[351]) hat sie bejaht. Die wesentlichen Erörterungen decken sich mit denen über das deutsche Recht an dieser Stelle gemachten; soweit sie juristischer Natur sind, müssen sie für beide Rechtsordnungen gleich ausfallen, da ein gesetzlicher Unterschied nicht besteht. Und sind sie juristisch, so besteht das gleiche Dilemma, wie es durch die Entscheidung des OLG Hamburg v. 6. 10. 08 und durch die Kritik Beers herausgestellt wurde: nur die Grundfrage von der absoluten Glaubensfreiheit in Deutschland (in der Schweiz) ist gemeinsam. Hieraus werden die log sch gleichwertigen Schlüsse gezogen: a) wir lassen daher eine unterschiedliche Behandlung der Konfessionen nicht zu (OLG Hamburg); b) wir üben daher Toleranz gegenüber Rechtsordnungen mit religiösem Eherecht (Beer).

---

[348]) Allgemeines zur Lehre vom schweiz. o. p.: Klein Z Völk. R. 10, 141 ff, insbes. 159 ff, 593, 597 ff, 628.

[349]) Meili-M. S. 23. Anders die Entwürfe, die eine dem Art. 30 EGBGB entspr. Vorschr. enthielten: E I sub. V, LE 32, E III 1770. vgl. auch die intertemporale Regelg. d. Art. 2 SchT.

[350]) SJZ 14, 133 ff.

[351]) ZBl. 36, 315 ff. Häufig wird die Frage lediglich vom Standpunkt des Zivilstandsbeamten aus beantwortet: kann dieser die Ehe bewilligen (7 e Abs. 2) trotz des heimatrechtlichen, religiösen Verbotes? Dafür Gautschi 171— 72; Kaufm. SJZ 8, 115; dagegen Reichel 7 e Not. 2 II; Stauff. 7 e Not. 10; Beck 7 c N. 56, allerdings mit Einschränkungen. Zu bemerken ist aber, daß an sich Art. 7 c durch Art. 7 e II keine Einschränkung erleidet: Reichel 7 c Not. 1 S. 157; Klein a. a. O. 311.

Hier ist die Grenze der konstruktiven Rechtswissenschaft, wie sich meistens bei der Anwendung des ordre public Recht und Politik berühren und überschneiden. So sagt Gmür vielleicht das Richtige, daß nämlich die Regierung bei religiösen Hindernissen die Eheschließung zwar bewilligen könne, aber nicht müsse.[352]) Das folge e contrario aus Art. 7 c[352a]).

Wo aber eine Bewilligungsmöglichkeit besteht, kann der Richter sicher nicht gezwungen sein, trotz der Bewilligung der Behörde die Ehe für ungültig zu erklären. Wer die Zulässigkeit des anfänglichen ordre public bejaht, muß auch die des nachträglichen bejahen. Gautschi[353]) geht konsequent weiter: sei die Eheschließung von den schweiz. Behörden in Kenntnis des ausländischen Ehehindernisses bewilligt worden, so sei der Richter, der über die Gültigkeit der Ehe zu urteilen habe, nicht mehr befugt, diese zu verneinen, weil dies „ein Spiel mit den heiligsten Gefühlen der Bürger wäre." (II) Strengeres Inlandsrecht.

Hier ist die Literatur erheblich umfangreicher, aber auch hier fehlt es noch an Judikatur. Dem ordre public sind hier deutliche Grenzen gesteckt: denn entgegen dem schweiz. IPR kann eine Ehe nur dann für ungültig erklärt werden, wenn die außer Betracht gebliebenen schweiz. Ehehindernisse die Ehe ungültig gemacht hätten.[354]) Die Ungültigkeitsgründe des Art. 120 ZGB bilden daher die äußerste Grenze für die Anwendung der Vorbehaltsklausel.

a) Bigamie. „Es versteht sich von selbst ..., daß solche Bestimmungen des einheimischen Rechtes, welche der öffentlichen Ordnung zum Durchbruch verhelfen sollen, innerhalb des Staatsgebietes unbedingte Geltung auch gegenüber Ausländern beanspruchen."[355]) Das Ehehindernis der Doppelehe gehört hierher.[356])

b) Geisteskrankheit etc. Spivak meint, da diese als Grundlage des ordre public in der Haag. Konv. unbekannt sei, dürfe sie es erst recht nicht in der Schweiz sein.[357])

---

[352]) Art. 107 Not. 37 vgl. auch Not. 17 z. Art. 113.

[352a]) Sehr weit geht ein Urteil des Cour de Justice civile, Genf v. 20. 5. 32., RabZ 8 (1934) 818, das zur Aufrechterhaltung einer span. Ehe die Verjährungsvorschrift des Art. 127 ZGB im Wege des o. p. anwendet.

[353]) S. 172 Anm. 30; Ihm folgt Kaufm. S. 268. Die deutsch. Jurisprud. steht nicht auf diesem Standp. vgl. Beer NZ 19, 22 Anm. 1.

[354]) Daß Anfechtungsgründe zur Anwendung des o. p. führen könnten, wird von niemandem behauptet.

[355]) Bez. Ger. Horgen 11. 9. 13 mitget. b. Fritzsche, 2 Jahre ZBG, S. 39.

[356]) Allgemeine Ansicht. Vgl. Stauff. 7 c Not. 30, Beck 7 c N. 50. SJZ 23, 165; Spivak S. 155; Kaufmann SJZ 9, 268. Auch gegenüber Art. 54 BV hat der o. p. Geltung: Burckh. S. 502 Anm. 1 m. Bezug auf polygamische Ehen s. BBl 1899 I, 364 N 11.

[357]) Spivak, S. 57; a. A. Simond, S. 88; Beck, 7 c N. 45.

c) Blutsverwandtschaft etc. Hier gehen die Meinungen weit auseinander. Die h. L. lehnt die Anwendung der Vorbehaltsklausel durch den Richter ab.[358])

Man sieht: die schweiz. Jurisprudenz wird der liberalen Tendenz ihrer Gesetzgebung durchaus gerecht und drängt auf Einschränkung der Anwendung des ordre public. Das ist auch vom Standpunkt des IPR überhaupt zu begrüßen. Die Zahl hinkender Ehen wird dadurch vermindert und die Rechtssicherheit erhöht. Und das ist nirgends wünschenswerter als bei der Beurteilung zwischenstaatlicher Rechtsverhältnisse.

§ 18.

Matrimonium non existens.

1. Wenn bisher von ungültigen oder nichtigen Ehen gesprochen wurde, so wurden darunter nur immer solche verstanden, deren endgültige Vernichtung durch den Richter, durch Ungültigkeitsurteil zu erfolgen hat. Bis dahin sind sie gemäß Art. 132 II ZGB als gültig zu betrachten. Die rechtsvergleichende Übersicht hat uns aber gezeigt, daß das schweiz. Recht auch Nichtehen, matrimonia non existentia, kennt. Daher hat man auch im schweiz. IPR mit ihnen zu rechnen. Ferner haben wir gezeigt, daß das schweiz. Recht die Nichtehe nur aus formellen, andere Rechte (besonders die anglo-amerikanischen) sie auch aus materiellen Gründen eintreten lassen.

Was dabei für das deutsche IPR gilt, kann ohne weiteres auf das schweizerische übertragen werden. Ist die Ehe auch nur nach einer der gemäß Art. 7 c oder 7 f bezogenen Rechtsordnungen, sei es der schweizerischen oder einer ausländischen inexistent, nicht nur nichtig im gewöhnlichen Sinne, so ist sie es allseitig. Das schweiz. Recht hat sie ebenfalls als Nichtehe zu behandeln. Diese Regel ist unbestritten.

2. Kaum behandelt wird in der Literatur die hierher gehörige Frage, welchen Einfluß Art. 7 f II auf die Nichtehe hat. Kann die im Ausland als solche betrachtete Ehe wegen der schweiz. Sachnormen in der Schweiz als gültig betrachtet werden?

Schon der Wortlaut lehrt, daß die Antwort verneinend lauten muß. Nichtehen brauchen gar nicht erst „für ungültig erklärt werden."[359]) Der Zweck der Vorschrift geht ja auch dahin, vernichtbare Ehen zu erhalten, nicht aber gültige Ehen aus dem Nichts zu schaffen. Wäre dies doch nicht einmal möglich, wenn die beteiligten Ausländer die schweiz. Staatsangehörigkeit erwürben. (s. oben S. 64/65).

3. Betrachtet aber das maßgebende ausländische Recht die Ehe lediglich als nichtig im gewöhnlichen Sinn, so ist sie auch in der Schweiz bis zur Vernichtung als gültig zu betrachten. Das sollte selbstverständlich sein, ist aber dennoch nicht unbestritten.

[358]) Stauff. a. a. O.; Beck, 7 c N. 47 a E.; Kaufm. NZ 22, 466; Spivak, S. 58; Salis, S. 43, 44; Gautschi, S. 171, 72; f. das öst. Recht ebenso Walker, S. 640; vgl. auch Art. 2 Haag. Konv.

[359]) Ebenso offenbar Beck 7 f 151: „Hat die Trauung aber im Ausland stattgefunden vor einem nach dortigem Recht zuständigen Beamten, so ist die Ehe in der Schweiz nur dann als solche zu betrachten, wenn sie es nach dortigem Recht ist".

Ein Kreisschr. des eidg. Just. u. Poliz. Dep. v. 29. 6. 29 (BBl. 1929 II 7 f) hat sich allerdings deutlich auf den richtigen Standpunkt gestellt. Ein Schweizer, der in der Schweiz verheiratet war, ließ seine Familie im Stich und heiratete in Amerika eine zweite Frau, nach deren Tode eine dritte. Diese begehrt jetzt einen Heimatschein. Er ist zu erteilen; die Ehe ist vor dem Nichtigkeitsurteil gültig.

Aus der Zeit vor dem ZGB seien noch folgende Fälle erwähnt, die auch de lege lata Bedeutung haben, da sich hinsichtlich der hier behandelten prinzipiellen Frage der Rechtszustand nicht geändert hat.

a) Die Bundesbeh. entschied schon 1910,[360]) ganz ähnlich, allerdings mit weniger stichhaltiger Begründung, indem hinsichtlich der Kinder aus nichtigen Ehen auf Art. 55 ZEG (heute Art. 133 ZGB) verwiesen wurde. Immerhin wurde betont, daß die Ehe noch nicht nichtig sei. Sachverhalt: ein Appenzeller verläßt seine Frau in der Schweiz und heiratet in Paris in bigamischer Ehe eine Schweizerin. Ein Sohn der zweiten Ehe verlangt nach dem Tode des Vaters Ausweise.[361])

b) Anders wurde der bei Burckh. III 1398 III mitgeteilte Fall entschieden: ein St. Galler ließ sich 1905 mit seiner Stiefmutter in England trauen. Die engl. Annullation erfolgte aus besonderen Gründen nicht. Die Eintragung ins schweiz. Eheregister wurde abgelehnt, um der Heimatgemeinde die Kosten des Prozeßes zu sparen.[362]) Damit aber wurde mittelbar ausgesprochen, daß man die Ehe als nicht existent behandle. Das hebt Gautschi, der die Entscheidung der Behörde billigt, selbst deutlich hervor und stellt den Grundsatz auf, daß Ehen, die nach Art. 7 f I nichtig seien, als Nichtehen zu behandeln seien, auf die richterliche Entscheidung brauche nicht gewartet zu werden. Er will nur dann eine Ausnahme machen, wenn Kinder aus der Ehe stammen.[363])

Das ist nach dem oben Dargelegten nicht haltbar. Aus der auch in der Schweiz befolgten Unterscheidung zwischen Nichtehe und nichtiger Ehe ergibt sich, daß sie gleichermaßen Geltung hat für sachliches wie für Kollisionsrecht. Die von Gautschi entwickelte Lehre scheint stark von ordre-public-Erwägungen beeinflußt zu sein und findet in dieser Form im geltenden Recht keine Stütze.

Im Ergebnis läßt sich sonach hinsichtlich der Behandlung der Nichtehe eine Übereinstimmung mit den auch in Deutschland befolgten Grundsätzen feststellen.

Vierter Teil

Haager Konventionsrecht.

Vorbemerkung: die Vertragsstaaten.

Das deutsche und schweiz. IPR werden modifiziert, so weit das Haag. ESchl. Abk. v. 12. 6. 1902 als integrierender Bestandteil des

[360]) Burckh. III, 1393 IV.

[361]) Die Nichtigkeitsfrage wurde vielleicht deshalb nicht berührt, weil das ZEG die Frage, ob die Ehe von amtswegen für nichtig erklärt werden konnte, offen ließ (anders heute Art. 122 ZGB).

[362]) Gautschi, SJZ 27, 324.

[363]) a. a. O., S. 325.

nat. Kollisionsrechts eingreift. Nach den Kündigungen Frankreichs und Belgiens gilt es noch zwischen Deutschland, der Schweiz, Ungarn, Italien, Luxemburg, den Niederlanden, Portugal, Rumänien, Schweden; allerdings infolge des Weltkrieges nicht mehr unbeschränkt. Im Verhältnis von Deutschland und Ungarn einerseits und den ehemals feindlichen Staaten Italien, Rumänien, Portugal andererseits ist es jedenfalls seit Inkrafttreten der Friedensverträge (10. 1. 1920 u. 26. 7. 1921) außer Kraft gesetzt worden. Ungarn hat später den Vertrag gegenüber Rumänien und Italien erneuert, Deutschland nur gegenüber Italien (RGBl. 1929 II, 635); ferner sind Danzig und Polen dem Abkommen beigetreten (RGBl a. a. O. 640).[364]) Die Geltungsverhältnisse sind also recht kompliziert; gegenüber der Schweiz gilt der Vertrag bei allen beteiligten Staaten; gegenüber Deutschland ebenso, mit Ausnahme Rumäniens und Portugals.

Erster Abschnitt

Anwendungsgebiet.

§ 19

Auslegung des Art. 8

Aus Art. 8 I der Konv. ergibt sich, daß die Vorschriften des Abkommens dann jedenfalls volle Geltung beanspruchen und anstelle der nat. Kollisionsnormen treten, wenn die Ehe in einem der Vertragsstaaten[365]) geschlossen ist und beide Ehegatten z. Zt. der Eingehung der Ehe Angehörige von Vertragsstaaten waren. Solchenfalls sind also bei Beurteilung der Ehegültigkeit nicht die Art. 7 c, 7 f NAG, 13, 27, 30 EGBGB anzuwenden, sondern die einschlägigen Bestimmungen der Konvention.[366])

Unerläßlich zu ihrer Anwendung ist es, daß die Ehe im Vertragsgebiet geschlossen wurde. Von dem 2. Erfordernis, daß beide Ehegatten die Staatsangehörigkeit von Vertragsstaaten haben, aber scheint Art. 8 eine Ausnahme zu machen und es genügen zu lassen, daß *einer* der Ehegatten Angehöriger eines Vertragsstaates ist:

> „Dieses Abkommen findet nur auf solche Ehen Anwendung, welche im Gebiet der Vertragsstaaten *zwischen Personen* geschlossen sind, *von denen mindestens eine* Angehöriger eines Vertragsstaates ist." (dont une moins est ressortissante d'un de ces Etats).

Verschiedentlich ist diese Beschränkung der zweiten Voraussetzung auf die Zugehörigkeit eines Gatten zu einem Vertragsstaat vertreten worden. So sagte das Tribunal civ. de Bruxelles (17. 7. 13)[367]): „Die Gesetzeskollision, über die das Gericht zu entscheiden hat, wird indessen durch dieses Abkommen beherrscht, obwohl es bisher nicht

---

[364]) Weitere Angaben und Daten s. b. Makarov, LL VIII 1 S. 334 — 35.

[365]) Kommt hier eine deutsche Beurteilung in Betracht, so sind Portugal und Rumänien nicht als Vertragsstaaten anzusehen.

[366]) Über die Auslegung und Anwendung der Konv. im allgemeinen Lewald, WdV I, 454 — 57.

[367]) K.-B. 122.

von Österreich ratifiziert wurde; es genügt, daß eine der Parteien Angehörige eines Vertragsstaates ist."[368]) Ebenso entschieden italienische Gerichte (Venedig 7. 12. 10[369]), Florenz 14. 7. 10[370]), Mailand 2. 11. 08[371]). Die Literatur hat sich ihnen zum größten Teil angeschlossen, so Travers, Meili-Mamelock, Neugebauer, Kahl, W. Kaufmann.[372]) Nach dieser Auslegung wäre also das Abkommen auch dann anzuwenden, wenn ein Österreicher mit einer Schweizerin in Deutschland eine Ehe schließt.[373]) Auf diese Weise käme dann unter Umständen östr. Recht zur Anwendung. Da aber kein Staat gemäß Art. 8 II gezwungen ist, vertragsfremdes Recht anzuwenden, wäre es dem einzelnen Staat freigestellt, ob er auf Grund seines eigenen innerstaatlichen ordre public[374]) das vertragsfremde Recht oder sein eigenes oder auf Grund seiner eigenen Kollisionsnormen ein drittes Recht zur Anwendung bringt. Hier trifft eher das zu, was Travers[375]) von der Gegenansicht glaubt sagen zu können, daß es eine „véritable impossibilité" sei, zwei verschiedene Kollisionsordnungen auf einen Rechtsfall zur Anwendung zu bringen.

Diese Gegenansicht hat Buzzati ausführlich begründet[376]) mit im wesentlichen folgenden Argumenten.

Die Konvention sagt in Bezug auf die Staatsangehörigkeit des „ressortissant" lediglich mit einer Negative aus: „un au moins ..." Damit wird mit Sicherheit nur eins gesagt: daß die Konvention dann nicht anwendbar sei, wenn keiner der Eheleute ressortissant sei. Nicht gesagt aber ist damit, daß es genüge, wenn einer die Staatsangehörigkeit eines der Vertragsstaaten besitze. Vielmehr ist es den einzelnen Konventionsstaaten hier freigestellt, wie sie in solchem Fall vorgehen wollen. Der Zweck der Haag. Konv. kann es nie sein, die Anwendung eines fremden Rechtes zu b e f e h l e n. Sie gibt vielmehr den Ver-

---

[368]) Die Entscheidung beruft sich auf Travers, 16 — 17.

[369]) Clun. 1911, 1326.

[370]) Clun. 1911, 668, unter Zustimmung von Perroud in der Anmerkung, der darauf hinweist, daß diese Ansicht in der ital. Jurisprudenz Fortschritte mache; vgl. auch die Entscheidung Clun. 1911, 1322, 23 (Rom 1. 6. 09), die für ausdehnende Anwendung des Acte addition. de Bruxelles v. 14. 12. 00 (brevet d'invention) eintritt, nebst der Anm. v. Perroud.

[371]) Monitore dei Trib. 50, 236 m. Kritik v. Buzzati.

[372]) Travers I 16, 20, Meili-M. 76 (nicht klar auf S. 136 f); Neugebauer 15; Kahl i. d. Anm. z. d. Beschl. des Bay. ObLG v. 18. 1. 18, JW 375; Kaufmann i. d. Festgabe für Gierke III 64; ferner Perroud, a. a. O.; nicht eindeutig Lainé, Clun. 01, 34.

[373]) So insbesondere Lewald, a. a. O., Frankenstein III 50, allerdings nur dann, wenn in räumlicher und personaler Hinsicht zwei verschiedene Vertragsstaaten beteiligt sind, nicht aber, wenn etwa ein Österreicher in Deutschland eine D e u t s c h e statt einer Schweizerin heiratet. Die Anwendung der Konvention „verbietet sich aber durch die Erwägung, daß hier sozusagen der völkerrechtliche Gegenkontrahent fehlt". (Frankenstein, a. a. O.).

[374]) Kahn, 434, 35; Neugebauer, 15; Beer, NZ 19, 19.

[375]) Travers I, 20.

[376]) S. 140 ff.

tragsstaaten die „faculté", das fremde Recht anzuwenden, genauer: „elle se borne à ne pas les obliger."[377]) Daher werden die Regeln der Konvention grundsätzlich nicht angewandt, wenn ein Nichtkonventionsstaat beteiligt ist, es sei denn, daß das Gesetz des einzelnen Staates dies ausdrücklich vorschreibt.[378]) Die Haager Konvention empfiehlt, aber befiehlt nicht. „Der Art. 8 I der Konv. hat gut sagen: ‚dieses Abkommen findet nur auf solche Ehen Anwendung, welche zwischen Personen geschlossen sind, von denen mindestens eine Angehörige eines dieser Staaten ist'; in Wahrheit erstreckt sie sich niemals auf Ehen zwischen Angehörigen und Nichtangehörigen von Vertragsstaaten, und in gewissen Fällen, die in Zukunft leicht vorkommen können, kann sie sich nicht einmal auf Angehörige von Signatarmächten erstrecken."[379])

Dem, glaube ich, wird man zustimmen dürfen; auf Grund des Art. 8 I der Konv. allein ist kein Staat gezwungen, bei Beteiligung eines „Vertragsfremden" die Konv. anzuwenden.

Der Komm. Bericht der Konferenz (III 178), auf den sich Travers[380]) bezieht, läßt die Entscheidung unklar; eher spricht er in seinem Zweifel für die von Buzzati vertretene Ansicht. Buzzati bemerkt übrigens[381]), die deutsche Denkschrift (siehe Ber. d. Rtg. 1. Sess. 03/4, 3. Anlg. Bd. Akt. Stck. 347, S. 1981) sei nicht gegen diese Auslegung;[382]) ebenso wenig die ungarischen Motive (zit. b. Schwartz, Ungarns Anschl. an die Konv., NZ 18, 84 ff, s. bes. 106) und die östr. Motive (zit. b. Buzzati S. 147). Es sei also überflüssig, darauf hinzuweisen, daß der Richter an die Motive nicht gebunden sei. Seine Berufung auf das Zirkular des Schweiz. BR v. 7. 9. 05 (K-B 88 ff s. bes. 91) erscheint mir allerdings nicht zweifelsfrei; hier habe die schweiz. Reg. sogar ausgesprochen, daß bei Beteiligung Vertragsfremder das Abkommen unanwendbar sei und das nat. Kollisionsrecht zur Geltung komme.

Es gibt übrigens nur einen Staat, der, wie Buzz. es mit Recht zur Anwendung der Konv. in den bezeichneten Fällen gefordert hat, durch Gesetz die Anwendung angeordnet hat, nämlich Schweden. Gemäß Ges. v. 8. 7. 04/12. 11. 15 bringt Schweden die Konvention bezgl. der Eingehung der Ehe auf alle Ausländer zur Anwendung und bezgl. der Nichtigkeit der Ehe auf folgende (auch dann, wenn nach schwedischem Recht kein Nichtigkeitsgrund besteht; Dekret v.

---

377) Buzz., S. 145.

378) Dieses Ausdrücklichkeitserfordernis wird noch aus der Parallele zu dem „expressément" des Art. 1 hergeleitet.

379) Buzz., S. 169. Gedacht ist offenbar an die Fälle der Verweisung.

380) I S. 20.

381) S. 148.

382) Obwohl es heißt: „Ferner muß nach Abs. 1 mindestens einer der Verlobten einem der Vertragsstaaten angehören. In diesem Fall finden aber die Vertragsbestimmungen in beschränktem Maße (Abs. 2) auch auf die ausländischen Verlobten Anwendung". Dies läßt jedenfalls eine Auslegung im Sinne Buzz. nur mit einiger Mühe zu.

8. 7. 04, K—B 52): Belgier, Dänen, Deutsche, Franzosen, Engländer, Isländer, Italiener, Luxemburger, Niederländer, Norweger, Österreicher, Portugiesen, Rumänen, Russen, Schweizer, Spanier, Ungarn. Dabei ist aber folgendes zu beachten. Schließt ein Italiener mit einer Russin in Schweden eine Ehe, so kommen zwar nach schwedischem IPR die Bestimmungen der Haag. Konv. zur Anwendung; wird dieselbe Ehe aber in Italien beurteilt, so besteht kein Anlaß, das schwed. IPR zu berücksichtigen.[383])

Nun sagt Buzzati aber weiter, daß das eigene IPR zur Anwendung komme, wenn das nat. Gesetz keine Ausfüllung des Art. 8 enthalte, und das Recht der Konv. dürfe nicht angewandt werden. Soweit dies heißen soll, daß es gegenüber dem Vertragsfremden nicht angewandt werden dürfe, erscheint mir das Ergebnis nicht glücklich. Denn dann käme gegenüber dem einen Teil die Konv., gegenüber dem anderen das nat. Kollisionsrecht zur Anwendung, ein Ergebnis, das die Kritik von Travers mit Recht bemängelt.[384]) Aber es läßt sich nicht ersehen, daß die Konv. an eine Kollision mit einem fremden IPR auch nur gedacht habe. Vielmehr gibt es hier nur 2 Alternativen: entweder kommt die Konv. zur Anwendung — dann auf beide Teile; oder sie kommt nicht zur Anwendung — dann überhaupt nicht. Im letzten Fall wird lediglich das nat. Kollisionsrecht des entscheidenden Staates angewandt, nicht aber auf den einen Teil das überstaatliche der Konv.

Die deutsche Rechtsprechung hat diesen Grundsatz ständig befolgt,[385]) ebenso hat das schweiz. BG am 23. 6. 10 geurteilt,[386]) ebenso auch der Hooge Raad der Nederlanden am 14. 12. 19.[387]) Im letzteren Fall handelte es sich um die Gültigkeit einer in Holland geschlossenen Ehe zwischen einem Österreicher und einer Holländerin; und die Entscheidung sagt zunächst nicht unzweideutig, daß mangels Ratifikation der Konv. durch einen der an der Konv. beteiligten Staaten nicht nur dieser Staat an die Konv. nicht gebunden sei, sondern daß dann auch die Ratifikationsstaaten nicht verpflichtet seien, die Konv. auf Angehörige dieses Staates zur Anwendung zu bringen. Dann heißt es aber klar weiter: „wenn es also feststeht, daß die oben erwähnte Konv. von Österreich nicht ratifiziert worden ist, so hat das Vordergericht mithin zu Recht entschieden, daß die in ihr vorkommenden Rechtssätze hierzulande nicht gelten in Ansehung von Ehen, die in den Niederlanden von Österreichern geschlossen werden." Das Abkommen findet also in diesem Fall, auch wenn

---

[383]) Buzz., S. 168/69, Anm. 2 betont dies mit Recht.

[384]) Vgl. oben, S. 91, Anm. 375.

[385]) Vgl. RG 15. 2. 12, RGZ 78, 234 (238); Bay. OLG Beschl. v. 18. 1. 18, JW 375; ebenso Lewald WdV. I 460.

[386]) Sem Judic. v. 7. 11. 10. Die Stellung des BR ist nicht klar ersichtlich aus dem Zirkular v. 7. 9. 05 (s. oben, S. 92). Buzz. allerdings nimmt ihn für die Ansicht des Textes in Anspruch.

[387]) K-B, 157 ff. (160).

nur ein Österreicher beteiligt ist, überhaupt keine Anwendung.[388])

Welche Bedeutung hat in diesem Zusammenhang Art. 8 II? Nur eine sehr geringe. Würden wir, wie die Gegenansicht es tun will, die Konv. bei Beteiligung eines Vertragsfremden grundsätzlich auch auf diesen zur Anwendung bringen, so hätte Art. 8 II die wichtige Bedeutung eines Regulativs durch den nationalen ordre public. Bei der hier befolgten Auslegung des Art. 8 I aber kommt die Konv. nur dann zur Geltung, wenn beide Ehegatten Angehörige von Vertragsstaaten sind. Die Anwendung von vertragsfremden Rechtsordnungen ist daher nur durch die in Art. 1 zugelassene Verweisung möglich. Nun befolgen die Vertragsstaaten aber ohnehin wie die Konv. das Staatsangehörigkeitsprinzip. Sie können daher ein vertragsfremdes Recht nicht beziehen. Die Schweiz kennt die lex loci actus nur in Bezug auf im Ausland geschlossene Ehen; da aber die Konv. nur zur Anwendung kommt, wenn die Ehe im Vertragsgebiet geschlossen wurde, kann auch auf diese Weise Art. 8 II nicht eintreten. Die Vorschrift behält Bedeutung vielmehr nur in zwei Fällen einmal, daß ein Vertragsstaat sein IPR im Sinne des Wohnsitz- oder Territorialprinzips ändert, oder daß Staaten, in denen diese Prinzipien gelten, der Konv. beitreten, was nicht zu erwarten steht, — zum anderen in Schweden. Hier allerdings ist in reichem Maße durch das erwähnte Gesetz vom 8. 7. 04/12. 11. 15 zur Anwendung vertragsfremden Rechts Gelegenheit gegeben. Aber diese praktisch einzige Anwendungsmöglichkeit des Art. 8 II beschränkt sich völlig auf solche Eheungültigkeitsklagen, die vor die schwedischen Gerichte kommen und in Schweden entschieden werden.

Für Deutschland und die Schweiz[389]) aber bleibt es bei der Regel: die Konv. kommt nur zur Anwendung wenn die Ehe im Vertragsgebiet geschlossen wurde und jeder Ehegatte Angehöriger eines Vertragsstaates war; dann aber kommt die Konv. im vollen Umfange zur Anwendung. Liegt ein solcher Fall nicht vor, so bewendet es beim deutschen und schweizerischen IPR.

Zweiter Abschnitt
Inhalt der Normen.

§ 20.

Artikel 1.

1. Schon der äußere Vergleich dieser Grundnorm mit Art. 13 I EG lehrt, daß beide Vorschriften weitgehend miteinander übereinstimmen.[390]) Wir sehen dabei zunächst von der in Art. 1 enthaltenen

---

[388]) Die im Urteil vorangehende allgemeine Begründung der Nichtanwendbarkeit der Haag. Konv. arbeitet mit dem Gedanken der „reziproken" Anwendung der Vertragsnormen. M. E. ist das nicht recht durchschlagend.

Ferner ist zuzugeben, daß die Entscheidung nicht ausdrücklich gegen die oben S. 91, Anm. 373 erwähnte Ansicht von Lewald und Frankenstein spricht.

[389]) Beck, 313 ist allerdings a. A.

[390]) Besondere Beachtung verdient die internord. Fam. Recht Konv. v. 6. 2. 31 (Bergmann Sond. Hft. IV, S. 8 ff.). So finden z. B.

Verweisungsklausel ab; der übrig bleibende Teil, die Regelvorschrift, deckt sich in jeder Hinsicht mit Art. 13 I EGBGB. Wenn Kahn mit Recht zu seinen Erläuterungen zu Art. 1 sagen durfte:[391]) „unsere Ausführungen in diesem Abschnitt gelten daher auch für das Recht des BGB", so muß dies auch umgekehrt gelten: statt Art. 1 Haag. Konv. zu erklären, können wir uns auf das zu Art. 13 I EG Dargelegte beziehen.

Daß dem so ist, wurde, wie ganz natürlich, vor allem in der deutschen Literatur und Praxis hervorgehoben; das RG hat es wiederholt ausgesprochen.[392]) Was die außerdeutsche Literatur anbetrifft, so ergibt das Mosaik der von ihr aus Art. 1 Haag. Konv. hergeleiteten Sätze den Inhalt des Art. 13 I EG.

So gilt auch Art. 1 nicht nur für die „Eingehung" der Ehe, sondern auch für die Beurteilung der Gültigkeit der Eheschließung. Sowohl die Nichtigkeit wie die Anfechtbarkeit der Ehe bestimmen sich nach Art. 1.[393]) Ganz zweifelsfrei geht dies aber aus den Konferenzakten hervor. Die niederländische Regierung hatte nämlich eine ausdrückliche Behandlung der Ehenichtigkeit empfohlen. Dies wurde mit folgender Begründung abgelehnt: „Die Fragen nach der Nichtigkeit der Ehe werden implicite durch die die Ehe betreffenden Vorschriften erfaßt, welche bereits behandelt wurden. Die Konferenz hat ausdrücklich ausgesprochen, welches das Gesetz ist, das das Recht zur Eingehung der Ehe bestimmt... Das Gesetz, das maßgebend ist zur Festsetzung der Ehegültigkeitsbedingungen..., ist es auch dafür, die Folgerungen der Nichtbeobachtung seiner Vorschriften zu ziehen...: die Sanktion des Gesetzes ist vom Gesetz selbst nicht zu trennen".[394])

Maßgebend für die Gültigkeit ist die „loi nationale de chacun". Das bedeutet wie im deutschen Recht, daß die Ehefähigkeit nach beiden Rechten positiv vorhanden sein muß.[395])

(Fortsetzung von Fußnote 390)
bei einer Eheschließung in Schweden die schwed. Best. über Aufgebot und Trauung immer Anwendg. Für Ausländer aus einem der nord. Vertragsstaaten, die mindestens seit 2 Jahren ihren Wohnsitz in Schweden haben, sind auch die schwed. Bestimmungen über Ehehindernisse maßgebend (s. Art. 1 u. 2 d. Abk.). Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so ist sein Heimatrecht anzuwenden.

[391]) S. 202.

[392]) z. B. RG 15. 12. 30, JW 31, 1341 (zustimmend Schumann JW. 1932, 1349); 6. 2. 30, JW 1003; 3. 5. 17 Warn. 1917, 328, Nr. 210; Denkschrift, a. a. O., 1978; Neugebauer 18; Nussbaum, 139; Gutzwiller 1635.

[393]) Meili-M. 110; App. GH Bern 27. 10. 27, SJZ 24, 238.

[394]) Actes II (1894), 81.

[395]) Kahn, 202; Actes 1900, 169; deutlicher ging dies aus dem auf der ersten der beiden Konferenzen beschlossenen Art. 1, Abs. 2 hervor, der aber als überflüssig gestrichen wurde: „... damit die Ehe in einem anderen Staate als dem der Ehegatten oder dem eines von ihnen geschlossen werden könnte, ist es nötig, daß die zukünftigen Ehegatten diejenigen Bedingungen erfüllen, die jeweils von ihren eigenen Heimatrechten vorgeschrieben werden". (Actes I 49).

2. Auch das zum deutschen Recht über die begrenzten und unbegrenzten Hindernisse Gesagte gilt im Bereich des Haager Rechts. So hat auch das Trib. civ. de Bruxelles vom 17. 7. 13 den Art. ausgelegt, ohne allerdings den Unterschied klar herauszustellen.[396]) Ein protestantischer Österreicher hatte eine katholische Belgierin geheiratet, deren geschiedener erster Mann noch lebte. Das Gericht wandte Konv. Recht an.[397]) Dann hätte nach der damaligen öst. Rspr., die das Hindernis des Katholizismus als ein unbegrenztes auffaßte, die also auch die Ehe eines öst. Prot. mit einer Kath. verbot, der das Ehehindernis des Kath. entgegenstand, die Ehe auf die Nichtigkeitsklage der Frau hin für nichtig erklärt werden müssen. Das Gericht wies die Klage ab. Es erklärte das öst. Ehehindernis des Kath. für ein begrenztes; und dagegen ist jedenfalls vom Standpunkt des Art. 1 aus nichts einzuwenden. Es sagte folgendes: brächte man das öst. Hindernis auch auf die Belgierin zur Anwendung, so unterwürfe man in Wahrheit die Klägerin selbst dem öst. Recht, indem man bei den geschiedenen belgischen Frauen Unterschiede mache. Man mißverstände so das in Art. 1 der Konv. ausgesprochene Prinzip, nach dem die Fähigkeit jedes Gatten gemäß seinem eigenen Heimatrechte und nicht nach dem seines zukünftigen Gatten bestimmt werde.

Bedenklich ist nur, daß diese Begründung zu der Meinung verleiten kann, daß es sich nicht um die Begrenzung des in Frage stehenden Hindernisses handele, sondern um die einseitige Klageberechtigung bei nichtiger Ehe. Daß dieses Institut aber hiermit nichts zu tun hat, haben wir bereits ausführlich dargelegt.[398])

3. Art. 1 begreift alle Ehehindernisse in sich, die ein Heimatrecht aufstellt. Die Frage, ob dazu auch solche gehören, die im öffentlichen Recht ihren Ursprung haben, hat zu Differenzen Anlaß gegeben und schließlich zur Kündigung Frankreichs und Belgiens geführt: ist das Ehebewilligungsrecht der Militärbehörde (vgl. z. B. § 1315 BGB) ein Hindernis des öffentlichen oder des privaten Rechts? Die h. M. billigt heute die Auslegung, welche die deutsche Regierung in einer Denkschrift über die Tragweite des Haag. Abk. vertreten hat:[399]) „jede Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Ehehindernissen ist willkürlich. Der Standpunkt, von dem aus der Gesetzgeber seine Vorschrift aufstellt, ist im Eherecht stets ein doppelter. Der moderne Staat erblickt in der Ehe nicht nur eine privatrechtliche Beziehung zwischen Staatsbürgern, sondern zugleich eine der wesentlichsten Stützen der staatlichen sozialen und sittlichen Ordnung".[400])

---

[396]) K.-B. 123.

[397]) s. oben, S. 90, Anm. 367.

[398]) s. oben, S. 35.

[399]) K.-B. 34 ff. (36).

[400]) Ebenso Trib. civ. de Bruxelles 21. 6. 13, K.-B. 117 ff., bestätigt durch Cour d'App. de Bruxelles 26. 11. 13, a. a. O., 123 f.; bestätigt durch Cour de Cass. 11. 6. 14, a. a. O., 126 ff. Ihre Begründung ist übrigens im wesentlichen die, daß § 1315 BGB eine Norm des Priv. Rechts sei. Anders das Memorand. d. franz. Reg., K.-B. 26 ff., entgegen den in ihm zit. Ansichten v. Kahn, Travers, Buzzati.

Es muß aber bemerkt werden, daß, im Widerspruch zu diesen zutreffenden Erwägungen, ein holländisches Gericht in neuerer Zeit anders entschieden hat.[401]) Die Eheschließung eines polnischen Militärpflichtigen wurde in Holland ohne Genehmigung der poln. Militärbehörde zugelassen.

§ 21.

Willensmängel.

Wenn Art. 1 wirklich denselben Inhalt hat wie Art. 13 EGBGB, so müssen, wie hier, so auch dort, die Willensmängel in die Vorschrift mit einbezogen sein. Wie im deutschen IPR bestimmt sich das Recht, einen Willensmangel geltend zu machen, „in Ansehung eines jeden der Verlobten nach dem Gesetz des Staates, dem er angehört". Das ist die durchaus herrschende Meinung und ständige Praxis.[402]) Außerdem heißt es in den Akten ausdrücklich: „ce qui concerne les vices du consentement (erreur, dol, violence), rentre dans le droit de contracter mariage et non dans la capacité".[403]) Deswegen hatte man nämlich die von verschiedenen Seiten für Art. 1 vorgeschlagene Wendung „la capacité" ersetzt durch „le droit" de contracter mariage. Trotz dieser eindeutigen Entstehungsgeschichte hat Buzzati in eingehender Betrachtung versucht nachzuweisen, daß die Willensmängel nicht unter Art. 1 fallen.[404])

a) Er geht von dem gewiß zutreffenden Satz aus, daß es auf die Absicht des Gesetzgebers nicht entscheidend ankomme, daß vielmehr der im Gesetz zum Ausdruck gelangte Sinn maßgebend sei. Trotzdem fußt der größte Teil seines Beweises auf der Entstehungsgeschichte der Vorschrift — obwohl er selbst ausdrücklich sagt, die Absicht des intern. Gesetzgebers könne nicht zweifelhaft sein.[405]) Er beruft sich indessen auf folgendes:

b) Art. 1 hatte auf der ersten Konferenz noch einen Absatz 2, der das „Recht zur Eingehung der Ehe" (le droit de contracter mariage) näher spezialisierte, nämlich u. a. das Ehefähigkeitsalter und die Einwilligung der Eltern aufzählte. Dieser zweite Absatz wurde gestrichen, wobei Renault als „Kommentar" bemerkte,[406]) daß eine grundsätzliche Änderung damit nicht eintrete. Die Einbeziehung der Willensmängel wäre aber eine erhebliche Änderung gewesen. Daraus zieht nun Buzzati folgenden überraschenden Schluß: auf den beiden

---

[401]) Rb's Gravenhage 4. 4. 30 mitget. in Rab Z. 1932, 849 N. 14.

[402]) RG 15. 12. 30, Warn. 31, 102 Nr. 49 (Tatbestd. s. ob. S. 48); 6. 2. 30 JW 1003 (Tatbestd. a. a. O.); App. Ger. Hf. Bern 27. 10. 27 SJZ 24, 238; Kahn 208; Travers I 53 — 54; Lewald WdV I 460 (III 3); Meili-M. 90 f.

[403]) Actes III (1900), 169.

[404]) S. 92 ff.; wie er Sicoré, Clun. 07, 1010 ff. (1014); Bettelheim NZ 17, 601, der die Willensmängel nach den allgem. rechtsgeschäftlichen Grundsätzen beurteilen will, wie z. B. Sitz des Rechtsverhältnisses, Ort der Abschließg. (ABGB 37), gewillkürte Parteiautonomie.

[405]) Buzz. 93.

[406]) Actes I 52.

ersten Konferenzen sei von Willensmängeln, vices de consentement, nie die Rede gewesen; wenn man sie also plötzlich einbezogen habe, so sei man sich der Tragweite dieser Änderung gar nicht bewußt gewesen.[407]) Daher sei die „Absicht des Gesetzgebers" zur Erläuterung des Art. 1 unbrauchbar.

Das ist aber keineswegs richtig. Gerade die Stelle, auf die Buzzati sich besonders beruft — Actes I 47[408]) — sagt für die vorhergehende Frage Gleichgültiges aus. Und im übrigen ist der Ausgangspunkt nicht einmal fest: Renault sagte zwar, durch Streichung des Abs. 2 werde nichts entscheidend Neues bewirkt, aber warum? „La Conférence a supprimé l'indication de la loi nationale; malgré des explications fournies dans le rapport et malgré le sens énonciatif du mot 'notamment', elle a craint qu'il n'y eût quelque équivoque que l'on pût disputer sur les cas non expressément prévus".[409]) Die Aufzählung war also ohnehin nicht erschöpfend und bezog bereits die Willensmängel ein.

c) Im übrigen vermag auch Buzzati nicht, die Ablehnung des belg. und des ung. Antrages zu übersehen, die anstelle des „droit" „capacité" setzen wollten, bezw. anstelle von „le droit de contracter mariage" „la validité".[410]) Der letzte wurde abgelehnt, weil er zeitlich, der erste, weil er sachlich zu eng war, nämlich weil er die „vices" nicht umfaßte.[411])

Die belg. Regierung selbst legt Art. 1 wie die h. M. aus, obwohl es doch gerade bei ihr, die von „capacité" gesprochen wissen wollte, nahegelegen hätte, ihn im Sinne Buzzatis anzuwenden.[412])

d) Auch der Hinweis auf das schweiz. Recht kann nicht durchschlagen. Obwohl das neue schweiz. IPR, welches unter dem Einfluß des Haag. Abk. entstanden sei, in Art. 7 c NAG entgegen der Konv. den Ausdruck „Gültigkeit der Ehe" verwende, könne man diesen doch restriktiv gemäß dem Vorschlag der belg. Regierung auslegen.[413]) Aber in der Schweiz denkt man keineswegs daran, dies zu tun.

e) Es bleibt der Einwand, daß der Text des Art. 1 eine Einbeziehung der Willensmängel nicht zulasse:[414]) „Man kann nicht sagen, daß Mevius nicht das Recht hat, Claudia zu heiraten, wenn

[407]) Buzz. 97 — 98.

[408]) „La commission estime etc."

[409]) Actes I 52.

[410]) Über das Verhältnis des ung. Rechts zur Konv. s. Arpad Ferenczy, Rev. 5, 64 ff.

[411]) Buzz. will (97 Anm. 2) auch diese Ablehnung als unter zeitlichen Gesichtspunkten erfolgt, ansehen. Er zieht ferner (101 Anm. 1) eine Entscheidung d. Frd.-Richters v. Galatz (Rev. 1905, 192.) heran, weil dort ebenfalls von capacité unter Hinweis auf Art. 1 d. Haag. Abk. die Rede ist. Aber der Fall paßt schon deshalb nicht, weil der Frd. Richt. in der Tat von „capacité" reden durfte, da es sich um die Ehefähigkeit handelte.

[412]) Réglements consulaires 5. Auflg. 1909, 238, Nr. 132, zit. b. Travers I 54, d. dorts. ebenf., wie zu vergleichen, gegen Buzz. Stellung nimmt.

[413]) Buzz. 101; im übrigen erschiene mir die Parallele zu dem ung. Antrage viel einleuchtender.

[414]) Buzz. 100; vgl. auch Bettelheim u. Sicoré, a. a. O.

diese ihn über die physischen Eigenschaften ihrer Person getäuscht hat. Es ist zwar wahr, daß man alles sagen kann, aber nicht in einer wissenschaftlichen Arbeit und noch weniger in einer Vorschrift des positiven Rechts".

Darin wird man Buzzati ohne weiteres Recht geben, aber trotzdem ist die Auslegung der h. M. richtig. Denn im Hinblick auf den Dauercharakter der Ehe ist dieses „Recht die Ehe einzugehen" zugleich eine Komponente des physischen und psychischen Status, der die Gültigkeit der Ehe garantiert. Beim Vorliegen einer Täuschung wird diese Gültigkeitsgrundlage beeinträchtigt: ein Teil, der Getäuschte, hat das Recht, die Ehe zu vernichten. Der Getäuschte, hat also ein Recht, nämlich den Eheschluß rückgängig zu machen, und der Täuschende hat nicht das Recht, trotzdem den Fortbestand der Ehe zu verlangen. Buzzati kehrt die Sachlage völlig um; daß der getäuschte Mevius nicht das Recht habe, mit Claudia die Ehe einzugehen, läßt sich allerdings nicht sagen, wohl aber, daß wegen ihrer Täuschung Claudia nicht dazu berechtigt sei.[415]) Der Täuschende hat nicht die Macht, von sich aus die Vollgültigkeit der Ehe herbeizuführen.

Wenn aber der Wortlaut die Einbeziehung der Willensmängel nicht ausschließt, wenn die unbestreitbare Absicht der Konferenz dahin ging, sie mitzuumfassen in den Worten „le droit de contracter mariage", und wenn dieses endlich keineswegs zufällig, sondern wohl überlegt geschah, so haben wir keinen Anlaß, der Meinung Buzzatis zu folgen.

Auch insoweit deckt sich daher Art. 1 der Konv. mit Art. 13 I EGBGB.

§ 22.

Regelwidrige Fälle.

1. Verweisung.

Art. 1 enthält, im Gegensatz zu Art. 13 I EG, in seinem zweiten Teile eine Verweisungsklausel. Die Normen des Heimatrechtes kommen dann nicht zur Anwendung, wenn dieses „ausdrücklich" (expressément) auf ein anderes Gesetz verweist. Ein eigentlicher renvoi ist dies nicht, sodaß Wolff Recht hat, wenn er sagt, Rück- und Weiterverweisung seien im Bereich des Abkommens nicht zu berücksichtigen.[416]) Anerkannt ist vielmehr die „Verweisung", der renvoi général, wie es ja auch einen überstaatlichen renvoi im gewöhnlichen, engeren Sinne ohne überstaatliche Sachnormen nicht geben kann.

Das Ausdrücklichkeitserfordernis der Verweisung bedeutet nur, daß die Verweisung gesetzlich ausgesprochen sein muß, daß eine durch die Übung der Gerichte hervorgebrachte Verweisung nicht ausreicht.[417]) Nicht erforderlich ist aber, daß das bezogene Gesetz auf ein bestimmtes anderes verweise; es genügt die Verweisung auf das Wohnsitz- oder Abschlußrecht.

[415]) So treffend Meili-M. 91.

[416]) Wolff, 118, Anm. 8. Frankenstein III 70, Anm. 52 bezeichnet Wolffs Bemerkung als ungenau.

[417]) a A. Frankenstein III 72 f. „ ‚ausdrücklich' (expressément) ist kein technischer Begriff".

Man ist sich heute allgemein darüber einig, daß die Verweisungsklausel überflüssig, daß ihr Zweck völlig verfehlt ist.[418]) Letzten Endes war es ein Zugeständnis an die Schweiz, die ihren Art. 54 BV in vollem Umfange gewahrt wissen wollte. In der Tat ist die Verweisung bis auf einen Fall illusorisch, wenn nämlich ein Schweizerbürger außerhalb der Schweiz heiratet. Dann kommt an sich statt seines Heimatrechtes die lex loci actus zur Anwendung. Im übrigen aber befolgen alle Vertragsstaaten das Heimatsprinzip, stimmen also insoweit mit der Haag. Konv. überein und geben zu einer Verweisung keinen Anlaß.[419])

Das Ergebnis ist also, daß durch die Klausel das schweiz. IPR fast völlig in Übereinstimmung mit dem Abkommen bleibt. Eine Abweichung vom Gesetzestext liegt nur insoweit vor, als die Gültigkeit von Ehen, die Ausländer außerhalb der Schweiz geschlossen haben, in der Schweiz bei Anwendung des Abkommens nicht mehr nach der lex loci actus (Art. 7 f NAG) beurteilt werden dürfen.

Im deutschen Recht tritt die Verweisungsklausel an die Stelle von Art. 27. Aber eine praktische Bedeutung hat das nur in dem einen angegebenen Fall.[420])

2. Gesetzesumgehung.
Eine fraudulöse Anknüpfung durch Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit gibt es im Bereiche des Abkommens nicht.[421]) Nur soweit in dem eben erwähnten Fall gemäß der Verweisung des Art. 7 f I NAG die lex loci zur Anwendung kommt, kann die in dieser schweiz. Vorschrift enthaltene Umgehungsklausel erheblich werden.
3. Ordre public.

Man hat es als den größten Fortschritt, den die Konv. gebracht hat, angesehen, daß der ordre public auf bestimmte, aufgezählte Fälle beschränkt worden ist: in Art. 2 Abs. 3[422]) die prohibitive Eingriffsbefugnis der lex fori (milderes Heimatrecht) und in Art. 3 die permissive (strengeres Heimatrecht). Die Ausfüllung dieser Blankett-

---

[418]) Vgl. die berechtigte Kritik Kahns, S. 215 — 16.

[419]) Dies gilt natürlich nur, wenn man der im Text dargelegten Lehre folgt, daß die Konv. bei Beteiligung eines vertragsfremden Ehepartners unanwendbar bleibt. Kommt der Streit in Schweden zum Austrag, so kann allerdings auf Grund seines Sondergesetzes (der Anwendbarkeit der Konv. auch auf gewisse andere, vertragsfremde Staaten) der renvoi général zur Anwendung kommen, hat allerdings wegen der gleichzeitigen Anwendbarkeit des Art. 8 II nur bedingte Bedeutung.

[420]) Zum Verhältnis von Art. 7 f. NAG, Art. 27 EGBGB und Art. 1 s. ausführl. Beck, S. 275 ff.

[421]) Lewald WdV I 460; Travers, Théorie de la Fraude, Rev. 1910, 24 ff.

[422]) Nur dieser letzte Abs. kommt f. d. richtl. Beurt. in Frage, wegen Abs. 2.

[423]) Lewald, WdV I 461.

normen[423]) bleibt dem einzelstaatlichen ordre public überlassen, der aber nicht ausdrücklich gesetzlich festgelegt sein muß.[424])

a) Nach Art. 2 Abs. 3 kann eine Ehe entgegen dem Heimatrecht auf Grund des ordre public nur vernichtet werden, wenn sie „mit Rücksicht auf eine vormalige Ehe (à raison d'un mariage antérieur) oder auf ein Hindernis religiöser Natur (obstacle d'ordre religieux) gegen seine Gesetze verstoßen würde".

Als Hindernisse religiöser Natur sind nach allgemeiner Ansicht anzusehen — es ist nämlich zu beachten, daß diese Bestimmungen vor allem auf die Anregung Österreichs zurückgehen — höhere Weihen, Ordensgelübde, Religionsverschiedenheit.[425]) Ob die cognatio spiritualis hierher zu rechnen ist, wie in Rumänien (Art. 145 cc), ist streitig,[426]) aber wohl anzunehmen, wenn ihre gesetzliche Festlegung in religiösen Motiven ihren Ursprung hat.

Das Hindernis vormaliger Ehe bezieht sich nicht lediglich auf die Bigamie, sondern vor allem auch auf das Ehehindernis des Katholizismus. Andere Hindernisse fallen nicht darunter, wenn sie nicht auf dem Verbot der Doppelehe oder auf dem Dogma der Unauflösbarkeit der Ehe beruhen:[427]) das ist der Sinn dieser Klausel; denn es handelt sich im Grunde ebenfalls um ein religiöses Verbot. Daher ist nicht darunter begriffen das Hindernis der Vermögensauseinandersetzung nach Auflösung der Ehe,[428]) sowie das Hindernis der Wartezeit,[429]) denn dieses dient den Interessen des erwarteten Kindes, einer einwandfreien Feststellung seines Personenstandes. Im übrigen käme hier weder in der Schweiz noch in Deutschland eine Anwendung des ordre public in Frage, da nach beiden Rechten auf die Verletzung des Verbotes keine Sanktion der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit steht. Beim Eheverbot wegen Verschollenheit des ersten Gatten kann man im einzelnen zweifeln.[430]) Doch ist überall erkennbar, daß die Ehe nur deshalb verboten ist, weil die Rückkehr des Verschollenen noch möglich ist; so z. B. in Frankreich, denn dort ist die Scheidung ja bekannt. Auch hier ist daher die Anwendung des Art. 2 Abs. 3 abzulehnen.[431]) Auch das polnische Gesetz vom 2. 8. 1926, Art. 1 Satz 2[432]) führt hier nicht weiter. Zwar spezialisiert es in Ziff. 3 ebenfalls seinen

---

[424]) Lewald, a. a. O., Corte d'Appello Venedig 7. 12. 10, Mon. Trib. 52, 573 (in dem in Clun. 1911, 1326 wiedergegebenen Auszug kommt dies nicht zum Ausdruck); Hooger Raad d. Nederlanden 16. 4. 08 Rev. 1910, 536 (dazu Jitta, La Jurisprudence des Cours et Tribunaux des Pays Bas etc., Rev. 1912, 57).

[425]) Vgl. Lewald, a. a. O., 462.

[426]) Dafür Neugebauer, 42; a. A. Kahn 237, 252; Meili-M., 106, Frankenstein III 198.

[427]) Lewald, a. a. O., Beck, S. 289.

[428]) Ebenso Travers I 325, Nr. 482.

[429]) a. A. Travers I 327 ff.; (Nr. 486 ff.); Neugebauer, 39, Anm. 10.

[430]) Die Ehe ist verboten in Frankr., Belg., Luxbg., Ital., Portugal. Nachweise b. Neugebauer 40, Anm. 12.

[431]) A. A. Travers 337 ff. (Nr. 502 ff.); Neugebauer z. Anm. 12, S. 40.

[432]) Makarov, LL VIII 1, S. 151.

eigenen ordre public, aber nur mit den unscharfen Worten der Konvention, („vorher eingegangene Ehe"). Nur hinsichtlich des ordre religieux beschränkt es sich eindeutig auf die Hindernisse der Religionsverschiedenheit, höheren Weihen, des Ordensgelübdes. Das ist für Polen nach seinem Beitritt zur Konv. von erhöhter Bedeutung. Für die Schweiz und für Deutschland mit ihrem liberalen Eherecht ist nach dem heutigen Stand der Gesetzgebung die durch Art. 2 Abs. 3 gegebene Prohibitivmöglichkeit unpraktisch.

Da die Vorschriften des Abkommens, gerade was den ordre public anbelangt, restriktiv auszulegen sind, ist eine analoge Anwendung ausgeschlossen, insbesondere auch für die Fragen der Zulässigkeit rassischer Mischehen. Hier kommt vielmehr das innerstaatliche IPR zur Anwendung.[433])

b) Art. 3 läßt für einen Fall auch den permissiven Eingriff der lex fori zu, nämlich dann, wenn nach dem Heimatrecht eines der Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe nur wegen eines Hindernisses „ausschließlich religiöser Natur" eintreten müßte, der Eheschließungsstaat dieses Hindernis aber als mit seiner öffentlichen Ordnung nicht vereinbar ansieht. Die Konv. sagt ausdrücklich, daß es sich um ein Verbot ausschließlich religiöser Natur handeln müsse. Ohne jeden Zweifel gehören hierher die Hindernisse der geistlichen Weihen, des feierlichen Ordensgelübdes, der Religionsverschiedenheit. So wurde in Italien die Zulässigkeit einer Ehe zwischen einem öst. Juden und einer kath. Italienerin ausgesprochen auf Grund der Ermächtigung des Art. 3 — das Gericht wandte nämlich auf diesen Fall die Konv. an.[434])

Zweifelhaft und sehr umstritten ist es indes, ob als Ehehindernis „ausschließlich religiöser Natur" auch das des Katholizismus verstanden werden kann. Man sollte glauben, daß es diese Bedingung in den meisten Rechtsordnungen, die es kennen, erfüllen wird. Nun wird aber in Art. 2 III vom Hindernis der vormaligen Ehe (worunter das des Kath. fällt)[435]) gesprochen und von Hindernissen religiöser Natur. Schließt diese Gegenüberstellung in Art. 2 III die Einbeziehung in Art. 3 aus? Die meisten nehmen dies an,[436]) ebenso auch das Bay ObLG.[437]) Kahn führt als fernere Argumente das Schweigen der Komm. Berichte und den Inhalt des Haag. EheSchd. Abk. (bes. Art. 7) ins Feld.[438])

Andererseits steht aber fest, daß das Ehehindernis des Kath. in Österreich z. B. ein ausschließlich religiöses ist, als Wiedergabe kanonischer Rechtssätze seit 1783 ein „eiserner Bestandteil" des

---

[433]) Kahn, 252, 53 m. weit. Lit.; Neugebauer, 42, Anm. 10.

[434]) Venedig 7. 12. 10 Mon. Trib. 52, 573 = Clun. 1911, 1326.

[435]) S. oben, S. 101.

[436]) Frankenstein III 119, Neugebauer, 45 z. Anm. 8; Bettelheim, NZ 17, 613, Anm. 1; Meili-M. 109; Sauer, 292; Travers I, 363, Nr. 549; Beck, S. 292.

[437]) Beschl. v. 18. 1. 18, JW, 375, 76.

[438]) Kahn, 252; auch aus dem den o. p. spezialisierenden schwed. Ges. v. 8. 7. 04, Kap. 2, § 2 ist nichts Entscheidendes zu entnehmen. Denn auch hier ist vom „Ehehindernis der früheren Ehe" die Rede, aber es ist nicht gesagt, wie weit es reicht und wie sein Verhältnis zu Art. 3 der Haag. Konv. ist.

öst. Rechts.[439]) Kahl meint daher,[439]) daß „vormalige Ehe" (Art. 2 III) nicht vom Gebiet der religiösen Ehehindernisse ausgeschlossen ist, diese Gegenüberstellung „trägt nur dem außerordentlichen Reichtum und der großen Verschiedenheit der Heimatrechte Rechnung, in denen das Hindernis der vormaligen Ehe bald rein weltlichen, bald rein religiösen, bald gemischten Charakter trägt". Dieser Darlegung ist zuzustimmen.[440]) Daraus folgt, daß auch das Ehehindernis des Kath., wenn es ausschließlich aus religiösen Gründen aufgestellt worden ist, gemäß Art. 3 außer Betracht bleiben darf. Demgegenüber ist es nicht stichhaltig, wenn Travers[441]) anführt, Art. 3 sei ungenau gefaßt; daß ein Hindernis ausschließlich religiöser Natur sei, bedeute zweierlei: „d'assurer le respect d'interdictions formulés par la loi religieuse et . . . de ne pouvoir rentrer dans la catégorie des empêchements qui font obstacle à l'union nouvelle à raison d'un mariage antérieur". Das letzte ist eine petitio principii; im übrigen spricht es sehr für die Kahlsche Auslegung, daß der Wortlaut des Art. 3 auch das Ehehindernis des Kath. umfassen kann. Daß er aber ungenau gefaßt ist, kann nicht durch eine bessere Fassung, sondern nur durch überzeugende, aus anderen Vorschriften oder allgemeinen Relationen sich ergebende Gründe bewiesen werden. Das ist, besonders im Hinblick auf Art. 2 III, bisher nicht geschehen. Der h. L. kann daher nicht gefolgt werden.

Im übrigen ist die Vorschrift wie Art. 2 III streng zu interpretieren. Denn gerade im Bereich des Haag. Abk. ist jede Einschränkung des ordre public ein Schritt auf dem Wege zur Rechtseinheit.

---

[439]) Kahl in der Anm. z. d. Beschl. des Bay ObLG, a. a. O.; dort weitere Lit. Nähere Angaben über die Geschichte dieses Ehehindernisses: ZBl 36, 545 ff.: z. Geschichte d. Ehehindernisses des Kath. in Österreich (anonym).

[440]) Auch Lewald, WdV, 462 tut dies.

[441]) Travers I 368, Nr. 549.

Literaturverzeichnis.

Almási, Das materielle Eherecht Ungarns, LL IV 1 (1933), S. 243 ff.

Audinet, Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce, Rec. des Cours 1926 I 171 ff.

Baisini, Italienisches Eherecht, LL IV (1904) 327 ff.

v. Bar, Theorie und Praxis des IPR. 2. A., I 1889.

Bartin, Principes de droit international privé, 1930.

Beauchet, Das Eherecht Frankreichs, LL IV (1904), 363 ff.

Beck, Kommentar zum ZGB, Schlußtitel 2. Abschn., 1932.

Beer, Neue Entwicklungsstufen des IPR. NZ. 19,1 ff.

Berent, Lettisches Eherecht, LL IV 1 (1933), 525 ff.

Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 3 Bände, 1926 — 28, (zit.: Bergmann), mit Nachträgen (zit.: Sonderheft).

Bergmann, Die Eheschließung von Elsaß-Lothringern außerhalb Frankreichs, StAZ 1924, 200.

Bergmann, Internationale Konflikte in Ehesachen, JW. 1925, 2082 ff.

Bettelheim, Das internationale Eherecht nach den Haager Konventionen, NZ. 17, 597 ff.

Björling, Schwedisches Eherecht, LL IV (1933), 621 ff.

Bourbousson, Du mariage, des regimes matrimoniaux, des successions, 1934.

Brandis, Geltung der Haager Privatrechtsabkommen im Verhältnis zwischen dem Deutschen Reich und ausländ. Staaten, StAZ 1931, 109.

Burckhardt, Kommentar der schweiz. Bundesverfassung, 3. A. 1931.

Buzzati, Le droit intern. privé d'après les Conv. de la Haye I, 1911 (übersetzt aus dem Ital. von Fr. Rey).

Cluzel, Le mariage et les divorces confessionels des Etrangers en France, Clun 1911, 5 ff.

Czyhlarz, Die Haager Ehekonv. und das österr. Recht, 1907.

Dicey-Keith, A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws, 5. A., 1932.

Egger, Das Familienrecht des schweiz. ZGB, II 1914.

Ehrenzweig, System des österr. allgem. Privatrechts, 6. A., II 2, 1924.

Eichmann, Lehrb. des Kirchenrechts auf Grund des CIC, 3. Aufl., Bd. II, 1930.

Erler, Eherecht, im RGRKommentar IV, 7. A., 1929.

Eversley-Craies, Marriage Laws of the British Empire, 1910.

Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 1923.

Fleischmann, Das zwischenstaatliche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht in Dld. und Österr., Diss. Heidelberg 1931.

Förster-Kann, Die ZPO für d. Deutsche Reich, Komm., II 3. A., 1926.
Frankenstein, Intern. Privatrecht (Grenzrecht), I 1926, II 1929, III 1934, IV 1935.
Freund, Eherecht der UdSSR, LL IV 1 (1933), 319 ff.
Fritzsche, Gesetzgebung und Rechtsprechung der Schweiz auf dem Gebiete des IPR (1926), RabZ. 2, 168.
Fritzsche, Zwei Jahre ZGB' 1915.
Fritzsche, Der Zivilprozeß der Schweiz, LL I (1930), 211 ff.
Gautschi, Die Rechtswirkungen der Eintragungen in die Zivilstandsregister, 1911.
Giesker-Zeller, Der ordre public international in der Schweiz, SJZ 14, 133 ff.
Gmür, Kommentar zum ZGB, Famil. Recht, 2. A., 1923. Schlußtitel 2. Abschn. 1932, erläutert von Beck, zit.: „Beck".
Gutzwiller, Internationalprivatrecht, in Stammlers Enc. 1515 ff.
Habicht-Greiff, IPR nach dem EGBGB, 1907.
Haring, Grundzüge d. kathol. Kirchenrechts, 3. Aufl., 1924.
Hellwig, Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraftf. 1901.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilproz. Rechts, 1903.
Hellwig-Oertmann, System des deutschen Ziv. proz. Rechts, II 1919.
Hinschius-Boschan, Das Reichsges. über d. Beurkundung d. Personenstandes u. d. Eheschließg. v. 6. 2. 75., 4. A., 1909.
Kahn, Die 3. Haager StaatenKonf. für IPR, NZ 12, 1 ff., 201 ff., 385 ff.
Kaufmann, J. Die Neuerungen im IPR der Schweiz, NZ 22, 447.
Kaufmann, J. Die Eheungültigkeitsklage von Ausländern in der Schweiz, SJZ 9, 265.
Kaufmann, J. Über die Ehefähigkeit von Ausländern in der Schweiz, SJZ 8, 115.
Kaufmann, W. Staatliches deutsches IPR und völkerrechtl. IPR der Haager Verträge, i. d. Festg. d. Berliner jur. Fak. für O. Gierke, 1910, III 45 ff.
Keezer, A Treatise on the Law of Marriage and Divorce, 7. A., 1923.
Kessler, Uniform State Laws in den Verein. Staaten, RabZ. 1, 185 ff., 816 ff.
Klang, (Herausgeber) Kommentar zum ABGB, I 1 1933.
Klein, Ordre public international und religiöse Ehehindernisse, ZBl 36, 308 ff.
Koch, Eherecht Estlands, LL IV 1 (1933), 579 ff.
Lainé, La Conférence de la Haye rel. au mariage, Clun 1901, 5 ff.
Lehmann-Krauß, Das Intern. Ziv. proz. Recht (Deutsches R.), LL I 1930, S. 1 ff.
Lehr, Le droit intern. privé dans la législation suisse, Rev. 1911, 241 ff.
Lewald, Das deutsche IPR, 1931.
Lewald, Haager Konventionen zum IPR, in WdV I, 454 ff.
Lundh, Eherecht Norwegens, LL IV 1 (1933), 683 ff.
Makarov, Die Quellen des IPR, LL VIII 1 (1929).

Makarov, Das in Teilen Polens und der Randstaaten geltende Eherecht d. vorrevolut. Rußlands, LL IV 1 (1933) 453 ff.
Mandowsky, Umgehung der standesamtl. Eheschließung durch kirchl. Trauung im Ausland, StAZ 1931, 52.
Manresa, Commentarios al Codigo civil Espanol, 5. Aufl., Bd. I 1924.
Mariolle, Die Wiederverehelichung einer Frau nach erfolgter Todeserklärung etc., NZ 9, 104 ff.
Mariolle, Auflösung und Ungültigerklärung einer Ehe etc., SeuffBl 63. 121 ff.
Mariolle, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und den ehelichen Kindern etc., SeuffBl 63, 309 ff.
Meili, Das intern. Zivilprozeßrecht, 1904/06.
Meili-Mamelock, Das Internat. Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund d. Haager Konv., 1911. (zit.: Meili-M.).
Melchior, Die Grundlagen des deutschen IPR, 1931.
Munch-Petersen, Eherecht Dänemarks, LL IV 1 (1933) 721 ff.
Neugebauer, Das Haager Eheschl. Abk. v. 12. 6. 1902, 1914.
v. Neumann-Ettenreich u. Satter, Eherecht Österreichs, LL IV 1 (1932) 117.
Neumann, Handausgabe des BGB, 6. A., 1912, III (EG).
Neuner, Internation. Zuständigkeit (Beiträge zum Zivilprozeß, Heft 6) 1929.
Niemeyer, Das IPR des BGB, 1901.
Nußbaum, Deutsches IPR, 1932.
Ostrowicz, Eherecht Polens, LL IV 1 (1933) 377 ff.
Pappenheim, Ungültigkeitserklärung einer von Ausländern im Ausland geschlossenen Ehe etc. NZ 15, 11 ff.
Picot, Des actions en divorce et en nullité de mariage entre étrangers domiciliés en Suisse, 1888.
Pillet-Niboyet, Manuel de droit int. privé, I 1924, II 1928.
Planck-Unzner, BGB IV 1. Hälfte, 4. A., 1928.
Planck-Unzner, BGB VI (Einf. Ges.) 1905.
Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civ. franç., II (La Famille) 1926. (zit: Planiol-R.)
Poullet, Manuel de droit int. privé belge, 1925.
Raape, Kommentar zu Art. 7 — 31 EGBGB, in Staudingers Komm. VI 2, 1931.
Reichel, Kommentar zum SchlT d. ZGB, 1916.
Roguin, Traité de droit civ. comparé, I (Le Mariage) 1904.
Rosenberg, C., Ehescheidung und Eheanfechtung nach deutschem und ausl. Recht etc., 2. A., 1931.
Rosenberg, L., Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 3. A., 1931.
Rossel-Mentha, Manuel du droit civ. suisse, III, 2. A., 1922.
Rossi, Della competenza dei tribunali svizzeri ad occuparsi delle azioni de nullità del matrimonio e di divorzio, 1887.
Saegmueller, Lehrbuch d. kathol. Kirchenrechts, 3. Aufl., Bd. II 1914.
Salis, Ehescheidungs- und Ehenichtigkeitssachen von Ausländern in der Schweiz, 1888.

Satter, Beiträge zur Lehre vom ent. Eherecht, ZBL 1922. 225, 289, 353, 451 ff.
Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, 1909.
Schurter-Fritzsche, Das Ziv. proz. Recht des Bundes, 1924.
Schwartz, Die Gültigkeit der von Ausländern im Auslande geschl. Ehen in Öst., NZ 15,20 ff.
Seuffert-Walsmann, Komm. zur ZPO, 12. A., II 1933.
Shelford, On Marriage, Divorce and Registration, 1841.
Simond, Les Etrangers domiciliés en Suisse, 1926.
Spivak, Die Ungültigkeit der Ehe nach dem IPR der Schweiz etc., Diss. Zürich, 1928.
Staudinger-Engelmann-Keidel, BGB Famil. Recht, 1. Teil, 9. A., 1926.
Stauffer, Das IPR der Schweiz, 1925. (zit.: Stauffer).
Stauffer, Aus der neuesten Praxis auf dem Gebiet des int. Eheschgs.- und Ehenichtigk. Rechts, SJZ 23, 161 ff.
Stein-Jonas, Die ZPO für das Deutsche Reich, I 15. A., 1933, II 14. A., 1929.
Stölzel, Das PStG in heutiger Gestalt, 3. A., 1926.
Story, Commentaries on the Conflict of Laws, 8. A., 1883.
Travers, La convention de la Haye rel. au mariage, 2 Bde., 1912.
Tuor, Das schweiz. ZGB (system. Darstellg.), 1932.
Unger, System des öst. allg. Privatrechts, II 1892.
Valery, Manuel de droit int. privé, 1914.
Walker, IPR, 4. A., 1926, 5. A. 1934.
Weiß, Traité théor. et prat. de droit int. privé, 1902—13, 6 Bde.
Westlake, A Treatise on the Private Int. Law, 7. A., 1925.
Wharton-Parmele, A Treatise on the Conflict of Laws, 3. A., 2 Bde., 1905.
Wieruszowski, Das Eherecht im Deutschen Reich, LL IV 1 (1933) 1 ff.
Wolff (-Kipp), Familienrecht, 21.—23. A., 1931.
Wolff, IPR, 1931 (zit.: Wolff).
Zitelmann, IPR, 1. Bd. 1897, 2. Bd. 1912.

Zeitschriften
Sammlungen von Entscheidungen
u. Dgl.

ArchZP	= Archiv für zivilistische Praxis
ArchBR	= Archiv für bürgerliches Recht
BadRpr	= Badische Rechtspraxis
BayZ	= Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BBl	= Schweiz. Bundesblatt
BGE	= Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts
Burckh.I	= Schweiz. Bundesrecht, staats- und verwaltungsrechtliche Praxis, herausgeg. v. Burckhardt, Band I, II etc. (5 Bde.), 1930.
Clun	= Journal du droit intern. privé, herausgeg. v. Clunet
Dalloz	= Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
Fenet	= Recueil compl. des travaux préparatoires du code civil, 1827/8
GlU	= Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofs, herausgeg. v. Glaser, Unger u. a.
GZ	= Gerichtszeitung (oest.)
HansGZ	= Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
JBl	= Juristische Blätter (öst.)
JDR	= Jahrbuch des deutschen Rechtes
JJ	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürg. Rechts
JPRsp	= Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des JPR, Sonderhefte v. RabZ (s. d.)
JFG	= Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit u. d. Grundbuchrechts
JW	= Juristische Wochenschrift
K-B	= Kosters-Bellemans, Les conventions de la Haye de 1902 et 1905 sur le droit int. privé, Recueil de législation et de jurisprudence, 1921
LZ	= Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MichLR	= Michigan Law Review
MonTrib	= Monitore dei Tribunale
NZ	= Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht
OGH	= Entscheidungen des österr. Obersten Ger. Hofes, amtliche Sammlung
OstR	= Zeitschrift für Ostrecht
RabZ	= Zeitschrift für ausl. und intern. Privatrecht
Recht	= Das Recht
Req	= Chambre des Requètes de la Cour de Cass. (franç.)
Rev	= Revue de droit int. privé et de droit pénal int., herausgeg. v. Darras

Rspr	= Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
SächsAnn	= Annalen des kgl. Sächsischen Oberlandesgerichts
SemJud	= Semaine Judiciaire (schweiz.)
SeuffA	= Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte
SeuffBl	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
Sirey	= Recueil de Jurisprudence de Sirey
SJZ	= Schweiz. Juristenzeitung
StAZ	= Zeitschrift für Standesamtswesen
WarnE	= Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausgeg. v. O. Warneyer
ZBl	= Österr. Zentralblatt für die jurist. Praxis
ZSchwR	= Zeitschrift für schweiz. Recht
ZürR	= Blätter für zürcher. Rechtsprechung
ZVölkR	= Zeitschrift für Völkerrecht

Besondere Abkürzungen.

Actes	= Actes de la Conférence de la Haye, chargée de réglementer diverses matières de droit int. privé: I (1893): 1. Konf., II (1894): 2. Konf., III (1900): 3. Konf.
AppGH	= Appell- oder Appellations-Gerichtshof
BezGer	= Bezirksgericht (schweiz.)
BG	= Bundesgericht (schweiz.)
BGes	= Bundesgesetz (schweiz.)
BR	= Bundesrat (schweiz.)
BV	= Bundesverfassung (schweiz.)
cc	= code civil, codice civile, codigo civil, codul civil, etc.
Dld.	= Deutschland
Documents	= D. relatifs à la 3e Conf. de la Haye pour le droit int. privé, 1900
EG	= Einführungsgesetz zum BGB
HaagESchlAbk	= Haager Eheschließungsabkommen vom 12. 6. 02.
int.	= international
ipr	= international-privatrechtlich
IPR	= Internationales Privatrecht
K-KEnz	= Kohlrausch-Kaskels Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften
LL	= Leske und Löwenfeld (Herausg.): Die Rechtsverfolgg. im int. Verkehr (zit. nach Band und Seitenzahl, uU nach dem Erscheinungsjahr)
Motive	= M. zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, Amtl. Ausgabe, 1888, IV = Familienrecht
NAG	= Gesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Nie-

		dergelassenen u. Aufenthalter v. 25. 6. 91. (schweiz.)
nat.	=	national
nF	=	neue Folge
OGH	=	österr. Oberster Gerichtshof in Wien
Prot.	=	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB, VI, 1899
RvglHWB	=	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht, herausgeg. v. Schlegelberger, bisher 4 Bde., 1928 folg.
SchlT	=	Schlußtitel zum schweiz. ZGB
StAngeh.	=	Staatsangehörigkeit
WdV	=	Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, herausgeg. v. Strupp, I 1924
ZivGesGeg	=	Die Zivilgesetzgebung der Gegenwart, I (1932): Code civil Frankreichs, II (1931): England, 1. Teil, III (1928): Codigo civil Brasiliens.

Lebenslauf

Ich wurde am 1. November 1912 in Münster i/W. als Sohn des damaligen Rektors J. Plaut geboren. 1921/22 besuchte ich die Kaiser-Friedrich-Schule in Berlin, seit Michaelis 1922 die Königstädtische Oberrealschule zu Berlin, an der ich Ostern 1930 die Reifeprüfung ablegte. Darauf studierte ich an den Universitäten Heidelberg und Berlin 6 Semester die Rechtswissenschaften und bestand im Oktober 1933 am Kammergericht das Referendarexamen, am 17. Juli 1934 an der Berliner Universität das Juristische Doktorexamen. Die Promotion fand am 25. Juli statt.

Von meinen Rechtslehrern schulde ich insbesondere Herrn Prof. Hans Lewald aufrichtigsten Dank.